Kniep

Einfluß

der

bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio.

Eine privatrechtliche Abhandlung

von

Dr. Karl Friedrich Ferdinand Kniep,
Advocaten in Wismar.

Wismar und Ludwigslust.

Verlag der Hinstorff'schen Hofbuchhandlung.

1860.

Hofbuchdruckerei von A. W. Sandmeyer in Schwerin.

Vorwort.

Die Novation ist ein Rechtsinstitut, mit dem die Wißenschaft noch keineswegs abgeschloßen haben dürfte, und zumal um die bedingte Novation hat man sich zu wenig bekümmert. Wenn ich daher den »Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio« zum Gegenstand einer besonderen Abhandlung gemacht habe, so scheint dies schon an sich keiner Rechtfertigung zu bedürfen. Allein ich verfolgte daneben noch einen zweiten Zweck. Ich wollte den Nachweis liefern, daß nicht alles, was im Corpus Juris steht, richtig ist, daß insonderheit die Römischen Juristen nur Menschen waren, die sich irren konnten und auch sehr häufig geirrt haben. In wie ferne ich meine Aufgabe in beiden Beziehungen gelöst, wolle ein geneigter Leser gütigst beurtheilen.

Wismar, 23. December 1859.

Verbeßerungen.

Seite 17, Z. 1 v. u. lies Sol. statt Lab.
= 23, = 5 v. u. l. fr. 60 st. fr. 60 § 1.
= 26, = 6 v. o. l. entgegengesetzter st. entgegengesetzten.
= 33, = 8 v. o. l. Es st. es.
= 41, = 17 v. o l. dagegen die alte Schuld quitirt st. dagegen quitirt.
= 54, = 12 v. o. l. eben st. oben.
= 55, = 9 v. o. l. Römischer st. Römischen.
= 58, = 10 v. u. l. Budde st. Budda.
= 70, = 14 v. u. l. Oblation st. Obligation.
= 71, = 2 v. u. l. Hal. st. Hab.
= 79, = 5 v. u. l. statthabenden st. stattgehabten.
= 82, = 12 v. o. l. Quellen st. Quelle.
= 88, = 15 v. o. l. an. Dies st. an dies.
= 97, = 8 v. o. l. fr. 31 pr. st. fr. 31.
= 100, = 8 v. o. l. behandelte st. verhandelte.
= 100, = 15 v. o. l. in st. im.
= 108, = 4 v. u. l. haben st. habe.
= 138, = 14 v. o. l. darstellen? st. darstellen.
= 145, = 1 v. u. l. animus st. animas.
= 165, = 5 v. o. l. enthalten sollen st. enthalten.
= 165, = 14 v. o. l. Tanta st. Tanto.
= 185, = 1. v. u. l. daß st. das. —

Inhalts-Uebersicht.

Einleitung.

§. 1.

Die Stellen, welche vom Einflusse der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio handeln, fassen theils die ursprüngliche Obligatio als solche ins Auge, theils setzen sie voraus, daß der ursprüngliche Schuldner sich in Mora befand. Ist nun zwar im einen, wie im andern Fall der Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio an sich der nämliche, so hat es mir doch zweckmäßig scheinen wollen, die Stellen, welche die ursprüngliche Obligation als solche ins Auge fassen und die, welche voraussetzen, daß der ursprüngliche Schuldner sich in Mora befand, beide für sich zu behandeln. Denn einerseits kommt doch im einen Falle der Einfluß der bedingten Novation auf die Mora hinzu, andererseits tritt in den Stellen, welche die ursprüngliche Obligation als solche in Betracht ziehen, der Einfluß der bedingten Novation auf diese klarer und bestimmter hervor. So werde ich denn zunächst von Mora absehen und lediglich vom Einfluße der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation als solche handeln. Ehe ich dann aber zur Beantwortung der weiteren Frage, welchen Einfluß die bedingte Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora ausübe, übergehe, wird es erforderlich sein, die Einwirkung der unbedingten Novation auf die Mora der früheren Obligation darzulegen, theils weil ich hier mit den herrschenden Ansichten nicht übereinstimmen

kann, und weil die Beantwortung der einen Frage in einem gewissen Grade die Antwort auf die andere bedingt, dann auch weil die Stellen zu sehr ineinander greifen, als daß eine abgesonderte Untersuchung der einen Frage möglich wäre.

Darnach ergeben sich die drei Abschnitte:

I. Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei nicht vorhandener Mora.

II. Einfluß der unbedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora.

III. Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora. —

Unter IV. werde ich erörtern, in wie weit die hier behandelten Fragen für das heutige Recht noch Bedeutung haben, worauf dann

V. ein paar Betrachtungen allgemeineren Inhalts den Beschluß machen sollen.

I. Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei nicht vorhandener Mora.

§. 2.

I. Die Ansichten der Römischen Juristen.

Die Ansichten der Römischen Juristen über den Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei nicht vorhandener Mora gingen zum Theil sehr auseinander. Vornämlich sind es folgende fünf Juristen, deren Ansichten in dieser Beziehung in Betracht kommen: Servius Sulpicius, Labeo, Javolen, Gajus und Paulus. Ich will sie hier der Reihe nach durchgehen.

A. Die Ansicht des Servius Sulpicius ist enthalten bei Gaj. III, 179:

> Servius tamen Sulpicius existimavit statim et pendente condicione novationem fieri, et si defecerit condicio, ex neutra causa agi posse et eo modo rem perire; qui consequenter et illud respondit, si quis id, quod sibi Lucius Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire; quia cum servo agi non potest.

Servius Sulpicius stellt hier den Satz auf: die bedingte Novation wirke auf die ursprüngliche Obligation gerade so ein, wie die unbedingte; sei eine bedingte Novation eingegangen, so werde die ursprüngliche Obligation gleichfalls sofort und während schwebender Bedingung aufgehoben; schlage demnach die Bedingung fehl, so könne aus keiner von beiden Obligationen geklagt werden: aus der ursprünglichen Obligation nicht, da diese durch Abschluß der novirenden Obligation

aufgehoben, aus der novirenden Obligation nicht, da die Bedingung fehlgeschlagen.

Eine bedingte Obligation ist eine in der Schwebe befindliche Obligation: man weiß noch nicht, was daraus wird, ob ein Nichts oder eine unbedingte Obligation.[1]) Wenn nun Servius Sulpicius behauptete, eine bedingte, in novirender Absicht abgeschloßene Obligation hebe unter allen Umständen die frühere Obligation auf, so sprach er damit zugleich aus, daß auch ein Nichts zum Noviren tauglich sei. Man möchte meinen, wenn Servius Sulpicius sich dies klar vorgestellt hätte, würde er von seiner Meinung zurückgekommen sein, allein er benutzte vielmehr dieselbe, um daraus die Consequenz zu ziehen, daß auch dann Novation eintrete, wenn eine nichtige Stipulation abgeschloßen, wenn z. B. in novirender Absicht mit einem Sclaven stipulirt sei.

B. Die Ansicht des Labeo.

Labeo schlug gerade den umgekehrten Weg ein. Während Servius Sulpicius den Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation dem der unbedingten ganz gleichstellte, nahm Labeo an, daß die bedingte Novation auf die ursprüngliche Obligation noch gar keine Wirkung äußere. Wir lernen die Ansicht des Labeo kennen aus

Fr. 80 de J. D. 23, 3. — Javolenus libro VI ex Posterioribus Labeonis. —

> Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, neque eo nomine postea debitorem viro obligatum futurum, ait Labeo;

Es hat hier eine Braut ihren Schuldner dem Bräutigam zwecks Bestellung einer Dos delegirt, vom Schuldner ist also das, was er der Braut schuldet, dem Bräutigam unter der

---

[1]) Es ist unrichtig, die Bedingung für eine Nebenbestimmung zu halten, wie z. B. von Puchta Pandekten §. 58 geschieht. Denn mit demselben Rechte, wie etwa von einem Kaufe mit der Nebenbestimmung der Bedingung, könnte man von einem Nichts mit der Nebenbestimmung der Bedingung sprechen.

Bedingung versprochen, daß die Ehe zu Stande komme. — Daß die Delegation in novirender Absicht vorgenommen, ist gerade nicht ausdrücklich gesagt, allein einerseits waren die Römischen Juristen mit Annahme von Novationen leicht bei der Hand, und dann liegt es doch auch in der Natur der Sache, daß ein Schuldner, welcher von einer Braut zwecks Bestellung einer Dos delegirt worden, von seiner alten Schuld frei sein soll, sobald die Bedingung für das neue Versprechen eingetreten ist. Aber, hiervon ganz abgesehen, ergiebt der — nicht ausgeschriebene — Schlußsatz unserer Stelle, daß dieselbe auf eine Novation zu beziehen sei; denn in diesem Schlußsatze bekämpft Javolen die Entscheidung Labeo's, und zwar, wie wir sogleich unter C. sehen werden, aus einem Grunde, der deutlich zeigt, daß es sich hier um Novation handelt, weil er der eigenen Auffaßung Javolen's über die bedingte Novation entnommen ist. — Es spricht also unsere Stelle von einer in novirender Absicht vorgenommenen bedingten Delegation. Servius Sulpicius hätte, seinem Principe getreu, diesen Fall dahin beurtheilen müssen, daß der delegirte Schuldner auf jeden Fall von seiner bisherigen Gläubigerin befreit sei, und ob er dem Delegatar obligirt werde, hänge vom Eintritt der Bedingung ab; käme die Heirath nicht zu Stande, so würde keiner von beiden vom Schuldner zu fordern haben. Allein Labeo behandelt die bedingte Delegation als gar nicht vorhanden, er läßt die bedingte Delegation auf das ursprüngliche Schuldverhältnis vor der Hand gar keine Wirkung äußern, die Braut könne vom bedingt-delegirten Schuldner, so lange die Bedingung noch schwebe, Zahlung verlangen, und habe der Schuldner diese Zahlung geleistet, so habe er den rechten Gläubiger befriedigt, er brauche nicht zu fürchten, daß er noch einmal an den Delegatar zahlen müße, wenn späterhin die Bedingung in Erfüllung gehe.

C. Die Ansicht Javolen's.

Mehr Geschick in Auffaßung der bedingten Novation, als seine beiden Vorgänger, zeigt Javolen. Die Stelle, wo er seine Ansicht am ausführlichsten dargelegt hat, ist

Fr. 36. R. C. 12, 1. — Javolenus libro I Epistolarum. — Pecuniam, quam mihi sine conditione debebas, jussu meo promisisti Attio sub conditione; quum pendente conditione in eo statu sit obligatio tua adversus me, tanquam sub contrariam conditionem eam mihi spopondisti, si pendente conditione petam an nihil acturus sum? Respondit: non dubito, quin mea pecunia, quam ipse sine conditione stipulatus sum, etiamsi conditio in persona Attii, qui ex mea voluntate eandem pecuniam sub conditione stipulatus est, non extiterit, credita esse permaneat; perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset; pendente autem causa conditionis idem petere non possum, quoniam, quum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit, ante tempus petere videor.

Es hat hier ein Gläubiger seinen Schuldner dem Attius delegirt, aber während das alte Schuldverhältnis ein unbedingtes war, ist die Delegation unter einer Bedingung geschehen. Daß die Delegation in novirender Absicht vorgenommen, ist zwar auch hier nicht ausdrücklich gesagt, ist indes auch hier ebenso zweifellos, wie in dem so eben besprochenen Fr. 80 de J. D. Sehr deutlich zeigt sich dies z. B. im Schlußsatze unserer Stelle, wo es als ungewiss, „incertum", hingestellt wird, ob während schwebender Bedingung aus der alten Stipulation geschuldet werde. Wäre die neue bedingte Stipulation nicht in novirender Absicht geschloßen, sondern nur neben die alte Stipulation getreten, so könnte es ja nicht ungewiss sein, ob während schwebender Bedingung noch aus der alten geschuldet wurde. Der Fall, von dem Javolen hier ausgeht, ist demnach ganz der von Labeo in Fr. 80 de J. D. besprochene, aber das Ergebnis, zu dem Javolen gelangt, ist ein wesentlich verschiedenes. Zunächst stellt er sein Princip auf: bedingte, in novirender Absicht vorgenommene Delegatio wirke in der Weise auf das ursprüngliche Schuldverhältnis ein, daß dieses in ein umgekehrt-bedingtes verwandelt werde; während schwebender Bedingung befinde sich die alte Obligation

genau in dem Zustande, als ob unter der umgekehrten Bedingung versprochen wäre. Hätte demnach der Delegatar Attius sich unter der Bedingung versprechen laßen, wenn Titius in diesem Jahre Consul wird, so würde dadurch gleichzeitig das ursprüngliche Schuldverhältnis die umgekehrte Bedingung angenommen haben, wenn Titius in diesem Jahre nicht Consul wird. — Hiernach wirft Javolen die von Labeo, wie wir so eben sahen, bejahte Frage auf, ob der alte Gläubiger während schwebender Bedingung mit Klage etwas ausrichten werde. In seiner Antwort berücksichtigt er jedoch zunächst die Ansicht des Servius Sulpicius, ohne freilich auch ihn bei Namen zu nennen. Javolen zweifelt nicht daran, daß das alte Schuldverhältnis fortdaure, das Gelddarlehen z. B., welches den Gegenstand der ersteren Stipulation ausmachte, creditirt bleibe, wenn die Bedingung in der Person des Delegatars Attius sich nicht erfülle, denn dann sei es gerade so gut, als wäre gar keine neue Stipulation dazwischen getreten. Servius Sulpicius hatte, wie bemerkt, das gerade Gegentheil behauptet, hatte auch beim Fehlschlagen der der neuen Obligation zugefügten Bedingung es mit der alten Obligation vorbei sein lassen. — Nach dieser Zwischenbemerkung kommt dann wieder Labeo an die Reihe. Die von Labeo bejahte Frage wird von Javolen verneint. Während schwebender Bedingung könne der alte Gläubiger mit nichten klagen, denn da es noch ungewiss sei, ob aus der alten Stipulation geschuldet werden könne, scheine er vor der Zeit zu klagen. [2])

Außer in dem hier besprochenen Fr. 36 trägt Javolen seine Ansicht auch noch vor in seinen Noten zu den von ihm

---

[2]) Genau genommen kann man es kein „ante tempus petere" nennen, wenn während schwebender Bedingung geklagt wird. Denn wenn jemand, von dem es noch gar nicht einmal feststeht, ob er Gläubiger sein wird, klagt, so liegt genau betrachtet mehr als bloße plus petitio tempore vor. Allein dieser unrichtigen Anschauungsweise begegnen wir auch sonst im Corpus Juris, auch sonst wird das Klagen während schwebender Bedingung der plus petitio tempore beigezählt. Vgl. §. 33, J. de Act 4, 6.

im Auszuge herausgegebenen opera posteriora (posthuma wie wir sagen würden) des Labeo.

Fr. 80 de J. D. 23, 3. — Javolenus libro VI ex Posterioribus Labeonis.

Unmittelbar nach den oben (unter B) ausgeschriebenen Worten heißt es hier weiter:

falsum est, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.	falsch, denn das Versprechen (an den Bräutigam) würde so lange schweben, als die Verbindung sich in derselben Lage befindet.

Mit dieser Stelle ist zusammenzuhalten:

Fr. 83 de J. D. 23, 3. — Javolenus libro VI Posteriorum Labeonis.[3])

Si debitor mulieris dotem sponso promiserit, non posse mulierem ante nuptias a debitore eam pecuniam petere, quia ea promissio in pendenti esset, donec obligatio in ea causa est.	Wenn der Schuldner einer Frau dem Bräutigam eine Dos versprochen hat, so kann die Frau vor der Ehe vom Schuldner das Geld nicht fordern, weil dieses Versprechen so lange schweben würde, als die Verbindung sich in derselben Lage befindet.

In beiden Stellen ist derselbe Fall entschieden, wie in Fr. 36 R. C.: eine Braut hat ihren Schuldner unter der Bedingung an den Bräutigam delegirt, daß die Ehe zu Stande komme. Javolen hält auch hier seine Ansicht der entgegenstehenden des Labeo gegenüber fest.

---

[3]) Es ist möglich, daß der Javolenus libro VI ex Posterioribus Labeonis, aus dem fr. 80, und der Javolenus libro VI Posteriorum Labeonis, aus dem fr. 83 entlehnt, verschiedene Bücher waren. Diese Ansicht ist, wenn ich nicht irre, aufgestellt von Blume, die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln, Zeitschrift für gesch. Rechtswiss. IV, 6 S. 257—472 (die Abhandlung ist mir gegenwärtig nicht zur Hand). — Auf jeden Fall war es eine Gedankenlosigkeit von Seiten der Compilatoren, daß sie zweimal kurz hintereinander dasselbe sagten.

Den Ausdruck obligatio am Schlusse der beiden Stellen habe ich mit „Verbindung" übersetzt, und verstehe darunter die „eheliche Verbindung". Der Sinn der beiden Schlußsätze ist dann dieser: das Versprechen des Schuldners an den Delegatar schwebt so lange, als die Ehe sich in derselben Lage befindet, als die Ehe noch ungewiss ist. Ich muß freilich bekennen, daß ich diese Bedeutung von obligatio in keinem Lexicon, selbst den größeren nicht, gefunden habe; allein an sich ist es ja sehr wohl denkbar, daß das Lateinische obligatio gerade so wie unser „Verbindung" von „ehelicher Verbindung" gebraucht wäre, und wenn diese Bedeutung von obligatio in den Lexicen nicht angegeben, so könnte dies auf einer Unvollständigkeit derselben beruhen. Auf jeden Fall scheinen mir die Schlußsätze der beiden Stellen, wenn man obligatio anders übersetzt, keinen befriedigenden Sinn zu geben.

Ich sagte vorhin (unter B): der Schlußsatz von fr. 83 de J. D. ergebe, daß diese Stelle auf eine Novation zu beziehen sei, wie dies der Grund, mit dem Javolen Labeo bekämpfe, deutlich zeige. Javolen argumentirt nämlich so: hat ein delegirter Schuldner eine Dos versprochen, so kann die Frau vor der Ehe nicht fordern, weil das Versprechen des Schuldners an den Bräutigam ein bedingtes ist. Diese Argumentation ist aber nur dann verständlich, wenn man das Princip herbeizieht, welches Javolen in fr. 36 R. C. über den Einfluß der in novirender Absicht abgeschloßenen bedingten Delegation auf das ursprüngliche Schuldverhältnis aufstellte. Dies Princip lautete, daß das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes verwandelt werde. Und wenn Javolen in fr. 83 dem Labeo entgegenhält, daß die neue Obligatio eine bedingte sei, so ist es eigentlich weniger dieser Grund, welcher Labeo schlägt, es ist vielmehr die Consequenz, die wir auf Grundlage des Javolen'schen Novationsprincipes erst ziehen müssen, daß, weil die neue Obligation, auch die alte eine bedingte sei. Gewinnt aber der im Schlußsatz von fr. 83 de J. D. gegen Labeo gebrauchte Grund erst dadurch Verständnis, daß wir das Javolen'sche Novationsprincip her-

beiziehen müßen, so ist damit gleichzeitig bewiesen, daß es sich in dieser Stelle um Novation handele.

D. Die Ansicht des Gajus.

Die Ansicht des Gajus finden wir in seinem Institutionen-Commentare III, 179,[4]) wo es unmittelbar vor den oben, unter A, ausgeschriebenen Worten so heißt:

Quod autem diximus, si condicio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si condicio extiterit; alioquin si defecerit, durat prior obligatio: sed videamus, num is, qui eo nomine agat, doli mali aut pacti conventi exceptione possit summoveri, et videatur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio.

Auch Gajus weicht von Labeo und Servius Sulpicius in gleicher Weise ab. Im Gegensatz zu Servius Sulpicius nimmt er an, daß die alte Obligation noch fortdaure, wenn die Bedingung der neuen Obligation fehlschlagen sollte (alioquin si defecerit, durat prior obligatio); im Gegensatz zu Labeo bestreitet er dem Gläubiger die Befugnis, während schwebender Bedingung zu klagen. Insoweit stimmt also Gajus mit Javolen überein. Aber die Begründung seiner Ansicht ist eine andere. Javolen stellte das Princip auf, daß durch die bedingte Novation das ältere Schuldverhältnis zu einem umgekehrt-bedingten werde, und leitete aus diesem Principe seinen Widerspruch gegen Labeo und Servius Sulpicius her. Auch Gajus verwirft die Ansichten dieser Juristen, aber sein Grund ist ein anderer: er erblickt im Abschluß der bedingten Novation zugleich ein pactum, während schwebender Bedingung nicht klagen zu wollen.

Der Novationsfall, den Gajus vor Augen hat, ist der der Novation unter den Subjecten der alten Obligation. Hierfür spricht einmal, daß Gajus ganz allgemein von Novation redet, und daß die Römischen Juristen, wenn sie von

---

[4]) Vgl. §. 3 J. quib. mod. obl. tollitur 3, 29. —

Novation schlechthin sprechen, darunter diesen Fall zu verstehen pflegen [5]. Ferner weist darauf hin die Ausdrucksweise „et videatur inter eos id actum." Hätte Gajus an Delegation oder Expromissio gedacht, also an Novationsfälle mit drei Personen, so würde er haben angeben müßen, zwischen welchen von den dreien Personen denn das pactum abgeschloßen sein solle, „inter eos" würde unter dieser Voraussetzung eine Unverständlichkeit gewesen sein.

Dies ist zu beachten. Gajus ging von einem andern Novationsfalle aus als Javolen. Letzterer gelangt zu seinem Novationsprincipe bei Gelegenheit der Delegation, ersterer findet das seine, während er über die Novation unter den Subjecten der ursprünglichen Obligation nachdenkt. Es wäre möglich, daß die Ansichten beider neben einander bestehen könnten, daß Javolen für die bedingte Delegation und Gajus für seinen Novationsfall Recht hätte. Doch das soll hier vorläufig noch nicht untersucht werden; und wenn dem auch so wäre, so würde daraus noch nicht folgen, daß Gajus und Javolen selber ihr Princip in dieser Weise begränzt hätten, daß Gajus das seine nicht auf die bedingte Delegation, und Javolen das seine nicht auf die Novation unter den alten Subjecten der ursprünglichen Obligation angewandt hätte, es würde trotzdem immer möglich sein, daß beide Juristen ein Princip aufstellen wollten, das sämmtliche drei Novationsfälle umfaßen sollte.

In dieser Beziehung ist unsere Kenntnis freilich nur geringe. Allerdings gab es, wie wir sogleich sehen werden, nach Javolen Juristen, die das Javolensche Princip ganz allgemein für alle drei Novationsfälle und so auch für den Fall der Novation unter den alten Subjecten für zutreffend hiel-

[5]) So ist gleich die Definition, womit der Digestentitel de Novationibus beginnt „Novatio est prioris debiti in aliam obligationem — — transfusio atque translatio, hoc est, quum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perimatur" augenscheinlich von dem Falle der Novation unter den Subjecten der alten Obligatio hergenommen.

ten, ob aber Javolen selber über die Delegation hinausging, darüber schweigen die Quellen. Von Gajus wißen wir ein wenig mehr. Wenigstens scheint es nach einer Stelle, als ob er sein Princip nicht auf den Fall der Novation unter den alten Subjecten beschränkt, als ob er auch bei der bedingten Expromissio seine exceptio pacti conventi während schwebender Bedingung für zulässig gehalten hätte. Die Stelle, welche ich im Sinne habe, ist:

fr. 30 §. 2 de pactis 2, 14. — Gajus libro I ad Edictum provinciale.

> Si sub conditione stipulatus fuerim a te, quod Titius mihi pure deberet, an deficiente conditione si a Titio petam, exceptione pacti conventi et possim et debeam summoveri? Et magis est, exceptionem non esse opponendam.

Es hat ein Gläubiger, was ihm Titius unbedingt schuldete, sich von einem Dritten unter einer Bedingung expromittiren laſſen. Die Bedingung für die Expromissio ist fehlgeschlagen. Hat nun der Titius dem Gläubiger gegenüber die exceptio pacti conventi? Gajus verneint diese Frage, wenn die Bedingung fehlgeschlagen, soll der Schuldner diese Einrede nicht haben. Daraus ziehe ich den Schluß, daß Gajus während schwebender Bedingung dem Schuldner diese Einrede wol gegeben hätte. Denn Gajus will in dieser Stelle nicht so sehr die Möglichkeit einer vom alten Schuldner dem Gläubiger gegenüber vorzuschützenden exceptio pacti conventi überhaupt verneinen, er will hier nur die Ansicht des Servius Sulpicius bekämpfen, der bei fehlschlagender Bedingung ex neutra causa eine Klage für zuläßig hielt. Die Art der Fragestellung, ob bei fehlschlagender Bedingung der Schuldner die exceptio pacti conventi habe, dürfte zu der Annahme berechtigen, daß Gajus bei schwebender Bedingung diese Einrede für zulässig gehalten hätte.

E. Die Ansicht des Paulus.

Die Ansicht des Paulus ist enthalten in:

fr. 60 §. 1 de cond. indeb. 12, 6. — Paulus libro III. Quaestionum.

Ubi autem quis, quod pure debet, sub conditione novandi animo promisit, plerique putant, pendente novatione solutum repetere posse, quia, ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit; idemque esse, etiamsi diversas personas ponas eandem pecuniam pure, et sub conditione novandi animo promisisse; sed hoc dissimile est, in stipulatione enim pura et conditionali eundem debiturum certum est [6]).

Zunächst referirt hier Paulus die zu seiner Zeit herrschende Ansicht. Ich sagte so eben, daß es nach Javolen Juristen gegeben habe, die sein Princip ganz allgemein für alle drei Novationsfälle und so auch für den Fall der Novation unter den alten Subjecten für zutreffend hielten; dies sind gerade die plerique, von denen Paulus hier spricht. Das von Javolen zunächst für die Delegation ausgesprochene Princip lautete ja: bedingte Novation verwandelt das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes. Dies sehen wir hier von den plerique zuvörderst auf die bedingte Novation unter den alten Subjecten angewandt. Wenn jemand, der unbedingt schuldet, bedingt novire, so sei während schwebender Bedingung ungewiss, aus welcher von beiden Obligationen die Zahlung zu erfolgen habe, d. h. durch die bedingte Novation ist das alte Schuldverhältnis ebenfalls ein bedingtes geworden. Wäre z. B. novirt unter der Bedingung, wenn Titius in diesem Jahre Consul wird, so würden nach der Ansicht der plerique nunmehr zwei bedingte Obligationen vorliegen, die neue bedingt durch den Umstand, daß Titius Consul wird, die alte bedingt durch das Gegentheil. Daraus zog die gemeine Meinung zur Zeit des Paulus folgende Consequenz: zahle der Schuldner während schwebender Bedingung, so könne er das Gezahlte mit der condictio in-

[6]) Der Schlußsatz, wie er dasteht, dürfte keinen vernünftigen Sinn geben. Ich vermuthe, daß vor pura ausgefallen sei priori, was bei der Aehnlichkeit beider Wörter leicht geschehen konnte. Darnach würde der Schlußsatz lauten: in stipulatione enim priori pura et conditionali u. s. w.

debiti zurückfordern. Und diese Consequenz muß jeder ziehen, welcher das Javolen'sche Princip auch auf die bedingte Novation unter den alten Subjecten für anwendlich hält. Es verhalte sich hier, sagten plerique, gerade so wie bei der bedingten Expromissio.

So sehen wir denn, daß die gemeine Meinung zu Paulus' Zeiten das Javolen'sche Princip, welches sein Urheber zunächst für die bedingte Delegation gefunden hatte, auch für die andern beiden Novationsfälle für zutreffend hielt, und demnach darin ein allgemeines, sämmtliche drei Novationsfälle umfaßendes Princip erblickte.

Dieser gemeinen Meinung trat Paulus entgegen. Er will für bedingte Novation unter den alten Subjecten und bedingte Expromissio verschiedene Behandlung. Im ersteren Falle stehe ja fest, daß derselbe schulden werde, „eundem debiturum", wenn hier während schwebender Bedingung Zahlung erfolge, könne von condictio indebiti keine Rede sein.

F. Die Ansicht anderer Römischer Juristen.

Auch von andern Juristen außer diesen fünf haben wir Aussprüche über die bedingte Novation. Allein deren Ansichten ordnen sich diesen fünf entweder geradezu unter, oder lehnen sich doch wenigstens an diese in einer Weise an, daß sie auf Selbstständigkeit nicht wol Anspruch haben. Es gehören hierher die Aussprüche von Julian, Pomponius, Marcellus, Venulejus, Ulpian.

Julian mag in fr. 56 §. 8 de Verb. Obl. 45, 1. auf dem besten Wege gewesen sein, für die bedingte Expromissio das Princip seines Lehrers Javolen zur Durchführung zu bringen. Allein er harrt nicht aus, und scheint im Augenblicke der Entscheidung trotz bedingter Expromissio und trotz schwebender Bedingung die ursprüngliche Obligatio sich als eine unbedingte zu denken, scheint also in die Auffaßung des Labeo zurückzufallen [7].

Marcell und Ulpian unternehmen es, in fr. 14 pr. de

[7]) Vgl. unten §. 4. —

Nov. 46, 2, auf den Fall der bedingten Novation unter den alten Subjecten die Grundsätze von den Bedingungen zur Anwendung zu bringen, zählen also zu den plerique, von denen Paulus in fr. 60 §. 1 de cond. indeb. spricht[8]).

Ebenso verräth auch Venulejus in fr. 31 pr. de Nov. 46, 2, wo er denselben Fall, wie Marcell und Ulpian in fr. 14 pr. eodem, behandelt, daß er nicht zur Auffaßung des Paulus durchgedrungen ist[9]).

Die bisher angeführten Stellen: fr. 56 §. 8 V. O; fr. 14 pr.; fr. 31 pr. Nov. beziehen sich auf Fälle, wo das ursprüngliche Schuldverhältnis mit Mora behaftet war, und werden weiter unten noch eingehender erörtert werden müßen. Von ihnen abgesehen, kommen noch in Betracht fr. 8 §. 1 und fr. 24. de Nov. 46. 2.

Aus d. fr. 24 ersehen wir, daß Pomponius jedenfalls nicht der Auffassung des Servius Sulpicius huldigte: er führt hier nämlich aus, daß Novation durch bedingte Stipulation vor Eintritt der Bedingung nicht möglich sei. Welche Ansicht dieser Jurist aber im übrigen hatte, läßt die Stelle nicht erkennen.

Denselben Gedanken, wie Pomponius, hat Ulpian ausgesprochen in d. fr. 8 §. 1 verba: si vero sub conditione, non statim, sed ubi conditio extiterit (fiet novatio). —

II. Kritik der Römischen Juristen. Meine Ansicht.

Die Ansichten des Servius Sulpicius und Labeo sind schon von Javolen in fr. 36 R. C. einer Kritik unterzogen. Gegen Servius Sulpicius, welcher die bedingte Novation gerade so auf die ursprüngliche Obligation einwirken ließ, wie die unbedingte, wird hier ausgeführt, daß, wenn die Bedingung für die Novation fehlschlage, doch unmöglich das alte Schuldverhältnis als aufgehoben gelten könne, weil es dann

---

[8]) Vgl. unten §. 5. —

[9]) Vgl. unten §. 7. —

gerade so gut sei, als ob nichts geschehen, „perinde est enim, ac si nulla stipulatio intervenisset." Gegen Labeo, welcher trotz bedingter Delegation die alte Obligatio als unbedingte behandelte und während schwebender Bedingung dem Deleganten ein Klagerecht wider den Delegaten einräumte, wird bemerkt, daß es ja noch ungewiss sei, ob der Delegant überall eine Forderung an den Delegaten habe, mithin von einer Klage während schwebender Bedingung nicht die Rede sein könne, „pendente autem causa conditionis idem petere non possum — — quum incertum sit, an ex ea stipulatione deberi possit."

Es ist wol kaum nöthig, zum Zwecke der Widerlegung diesen Bemerkungen Javolen's noch etwas hinzuzufügen. Die Ansichten des Servius Sulpicius und Labeo lagen noch sehr im Rohen, und ihre Unrichtigkeit ist zu handgreiflich, als daß dies einer ausführlichen Darlegung bedürfte. Labeo vermied zwar die Ungereimtheit des Servius Sulpicius, welcher auch bei Fehlschlagung der der novirenden Obligation beigefügten Bedingung die alte Obligation untergehen ließ, dafür bringt er aber die andere Ungereimtheit, daß die neue Obligation während schwebender Bedingung durch Zahlung der alten Obligation soll untergehen können. Der eine räumte der bedingten Novation zu viel, der andere ihr zu wenig Wirkung ein.

Wenn aber auch vom Standpunkte des practischen Rechts aus die Ansichten dieser beiden Männer wenig Werth haben mögen, so verdienen sie gleichwol in anderer Beziehung im hohen Grade unsere Beachtung. Wer so, wie sie, über bedingte Novation denken konnte, dessen Ansichten von der Bedingung überhaupt können nicht die geläutertsten gewesen sein. Es ist uns hier eine Gelegenheit geboten, einen Blick auf den Zustand der Römischen Rechtswissenschaft zu einer Zeit zu werfen, die jener Zeit noch ziemlich fern lag, wo diese Wißenschaft ihren höchsten Gipfelpunkt erreichte. Wenn Männer, die unter ihren Zeitgenossen als Koryphäen hervorragten, solche Ansichten aufstellen konnten, so muß sich uns die Ueber-

zeugung aufdringen, daß es damals mit der Römischen Rechtswißenschaft noch nicht weit her war.

Ein großer Abstand ist wahrnehmbar zwischen Servius Sulpicius und Labeo einerseits und Javolen und Gajus andererseits. Freilich liegt auch ein Jahrhundert zwischen Labeo und Javolen. Javolen fand das Princip, daß die ursprüngliche Obligation durch bedingte Novation in eine umgekehrt-bedingte verwandelt werde. Ob schon Javolen dasselbe als ein allgemein gültiges, alle drei Novationsfälle umfassendes ansah, mußten wir dahingestellt sein lassen, jedenfalls betrachtete die herrschende Meinung zur Zeit des Paulus dieses Princip als ein solches, wie uns dies fr. 60 §. 1 de cond. indeb. zeigt. Gajus erblickte im Abschluß der bedingten Novation zugleich ein pactum, während schwebender Bedingung nicht klagen zu wollen. Anlangend die Frage, in welchem Umfange er sein Princip angewandt wißen wollte, so ließ sich wenigstens als wahrscheinlich annehmen, daß er außer dem Falle der bedingten Novation unter den alten Subjecten es auch bei der bedingten Expromissio für zutreffend hielt. Jetzt wäre zu untersuchen, inwieweit diese beiden Juristen mit ihren Auffaßungen Recht haben.

Bleiben wir zunächst dabei stehen, daß Gajus sein Princip aller Wahrscheinlichkeit nach auch bei der bedingten Expromissio für maßgebend betrachtet haben wird. Gerade hier nun wäre Gajus am leichtesten zu widerlegen. Eine Expromissio kann vorgenommen werden wider Wißen und Willen des alten Schuldners.[10]) Unmöglich läßt sich daher sagen, daß die bedingte Expromissio ein pactum zwischen Gläubiger und altem Schuldner in sich enthalte, während schwebender Bedingung nicht klagen zu wollen. Für die bedingte Expromissio bleibt in der That das Princip des Javolen das einzig mögliche. Wenn ein dritter unter der Bedingung, daß Titius Consul wird, expromittirt, so will er den alten Schuldner für den Fall des Eintritts dieser Bedingung befreien. Daraus folgt

---

[10]) Fr. 91 Lab. 46, 3; fr. 13 § 10 de acc. 46, 4. —

von selber, daß der alte Schuldner unter dieser Bedingung nicht mehr, also unter der entgegengesetzten Schuldner ist. Und so lange es noch unentschieden ist, ob Titius Consul wird oder nicht, kann der Gläubiger weder den einen noch den andern belangen, denn so lange ist ja noch ungewiß, wer von beiden der Schuldner sein werde.

Ebenso wie um die bedingte Expromissio steht es um die in novirender Absicht vorgenommene bedingte Delegatio; auch hier ist das Princip des Javolen das einzig mögliche und das des Gajus nicht zu gebrauchen. Nur springt hier die Unbrauchbarkeit des Gajanischen Principes nicht, wie bei der Expromissio, sofort in die Augen. Denn einer bedingten Delegation geht nothwendig ein Auftrag des alten Gläubigers, einem dritten bedingt zu versprechen, und eine Annahme dieses Auftrages von Seiten des Schuldners vorauf. Nun könnte man das Princip des Gajus hier so vertheidigen wollen: in diesem Auftrage des alten Gläubigers an seinen Schuldner, einem dritten bedingt zu versprechen, und in der Annahme dieses Auftrages von Seiten des Schuldners, sei das pactum enthalten, daß der Delegant während schwebender Bedingung nicht klagen wolle. Allein so bald die Delegation vollzogen, sobald der Schuldner dem Delegatar das bedingte Versprechen abgelegt hat, liegt nur mehr vor, als ein bloßes pactum zwischen Delegant und Delegat: es sind auch einem dritten, dem Delegatar, bedingungsweise Rechte zugesichert worden. Ein bloßes pactum zwischen Delegant und Delegat ließe sich durch Uebereinkunft zwischen diesen beiden wieder aufheben, eine vollzogene bedingte Delegation ist aber auf diese Weise nicht wieder rückgängig zu machen. Die bedingte Delegation verwandelt ebenso wie die bedingte Expromissio das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes. Hat ein Schuldner einem Delegatar unter der Bedingung, wenn Titius Consul wird, versprochen, so ist damit für den Fall des Eintritts dieser Bedingung der alte Gläubiger seines Schuldners verlustig. Daraus folgt, daß er nur noch unter der entgegengesetzten Bedingung, wenn Titius nicht Consul wird, Gläu-

biger ist. Von einem pactum zwischen Schuldner und altem Gläubiger könnte man nur sprechen, wenn das alte Schuldverhältnis noch gewiss wäre, nicht aber, wo, wie dies bei der bedingten Delegation der Fall, dessen Existenz in Frage gestellt ist. So lange sich noch nicht entschieden hat, ob Titius Consul wird oder nicht, kann weder der Delegant noch der Delegatar den Delegaten in Anspruch nehmen, denn keiner von beiden kann sagen, er sei der rechte Gläubiger.

Für bedingte Expromissio und bedingte Delegation ist demnach die Auffaßung des Javolen die allein richtige, und die des Gajus nicht zutreffend; durch bedingte Expromissio wie Delegatio wird das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes verwandelt. Zu betrachten wäre nun noch die Novation unter den alten Subjecten, oder, wie man sie auch nennen kann, die Novation im engern Sinne.

Dieser Novationsfall ist von allen dreien der schwierigste. Die Ansicht des Gajus ging dahin: hier liege ein pactum vor, wonach während schwebender Bedingung nicht geklagt werden könne. Allein Gajus scheint wenig Beifall gefunden zu haben. Wenigstens hielten zur Zeit des Paulus die Mehrzahl auch auf diesen Novationsfall das Princip des Javolen für anwendlich, und zogen daraus unter anderm die Consequenz, daß eine Zahlung während schwebender Bedingung mit der condictio indebiti zurückgefordert werden könne „quia, ex qua obligatione solvat, adhuc incertum sit.“ Erst Paulus scheint wieder zur Auffaßung des Gajus zurückzukehren: Paulus hält die condictio indebiti hier für unstatthaft „— — enim — — eundem debiturum certum est.“

Wenn es richtig ist, daß die bedingte Novation als Expromissio und Delegation das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes verwandle, so scheint auf den ersten Augenblick die herrschende Ansicht zur Zeit des Paulus, die dasselbe von der bedingten Novation im engern Sinne behauptete, sehr bestechend zu sein, und das Gepräge nicht zu umgehender Consequenz an sich zu tragen. Was von zwei Novationsfällen gilt, warum soll das nicht für den dritten

passen? Liegen denn nicht auch bei der bedingten Novation im engern Sinne zwei Obligationen, eine alte und eine neue, vor? — Und wenn nun die beiden Contrahenten der alten Obligation unter der Bedingung, daß Titius Consul wird, noviren, was steht der Auffaßung im Wege, daß die neue Obligation bedingt sei durch die Wahl des Titius zum Consul, daß nur, wenn dies nicht eintrete, die alte Obligation wieder in voller Kraft dastehe, also von der umgekehrten Bedingung abhänge, und daß eine Zahlung während schwebender Bedingungen mit der condictio indebiti rückgängig gemacht werden könne, da noch ungewiss sei, aus welcher von beiden Obligationen die Zahlung erfolgte?

Gleichwol muß behauptet werden, daß die bedingte Novation im engeren Sinne sich wesentlich von den beiden andern Novationsfällen unterscheidet. Im Gegensatz zur Expromissio hat Paulus darauf aufmerksam gemacht, es stehe fest „eundem debiturum", und im Gegensatz zur Delegatio ist dem hinzuzufügen, daß auch der Gläubiger gewiss. Gerade das bewirkte in den beiden anderen Fällen das Bedingtsein der neuen Obligation und die Verwandlung der ursprünglichen in eine umgekehrt-bedingte, daß im einen Falle nicht feststand, wer Gläubiger, im anderen nicht ausgemacht war, wer Schuldner sein werde. Bei der bedingten Novation im engeren Sinne ist beides gewiss. Wenn A dem B 100 schuldet, und diese 100 in novirender Absicht unter der Bedingung, daß Titius Consul werde, aufs Neue verspricht, so ist nach wie vor gleich sicher, daß A der Schuldner und B der Gläubiger. Denn erfolgte die Wahl des Titius zum Consul, so schuldete A dem B die 100 aus der neuen Obligation, erfolgte diese Wahl nicht, so haftete A dem B für eben diese 100 aus der alten Obligation. Bei der bedingten Novation im engeren Sinne liegen eben so gut, wie in den beiden andern Novationsfällen zwei Obligationen vor, allein die Obligationen sind hier keine bedingte. Bedingung heißt, nach Savigny,[11]) der Zusatz einer

---

[11]) Savigny System III, S. 121.

Willenserklärung, welcher das Dasein eines Rechtsverhältnisses von einem künftigen, ungewissen Ereignis auf willkürliche Weise abhängig macht. Bei der bedingten Delegation ist in dieser Weise das Gläubigersein, bei der bedingten Expromissio, wer Schuldner sei, ungewiss; bei der bedingten Novation im engeren Sinne aber existirt eine solche Ungewissheit gar nicht, wie sie das Wesen der Bedingung ausmacht. Die herrschende Ansicht zur Zeit des Paulus beging den Fehler, daß sie bei der bedingten Novation im engeren Sinne die beiden Obligationen einzeln und für sich betrachtete. Auf diese Weise mußte man allerdings dazu kommen, auch auf diesen Fall der Novation die Grundsätze von den Bedingungen für anwendlich zu halten. War ja doch Inhalt der neuen Obligation, daß A dem B unter der Bedingung, wenn Titius Consul werde, versprach, und war doch damit zugleich als Inhalt der alten Obligation gegeben, daß A dem B unter der entgegengesetzten Bedingung schulde! — Man hätte beide Obligationen zusammennehmen und das Schuldverhältnis in seiner Ganzheit ins Auge fassen sollen, da hätte sich gezeigt, daß derselbe Schuldner demselben Gläubiger unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen schulde, daß aber eine Schuld unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen den Charakter der Ungewissheit, wie ihn die Bedingung verlange, nicht an sich trage, mithin ein solches Verhältnis gar kein bedingtes sei.

Wenn aber ein solches Verhältnis kein bedingtes, als was haben wir es denn aufzufaßen? — Wenn A dem B 100 schuldet, mag Titius Consul werden oder nicht, so ist das ja wol gerade so gut, als ob pure geschuldet würde. Man begreift kaum die Mühe, die beide sich gemacht haben, als sie eine bedingte Novation eingingen: vorher war die Obligatio pura, und jetzt, so scheint es, steht man auf demselben Flecke! —

Allein ein Unterschied zwischen jetzt und vorhin liegt doch vor. Vor Eingehung der bedingten Novation konnte der Schuldner jeden Augenblick verklagt werden, jetzt muß der Gläubiger warten, bis entweder das Eine oder Andere ein-

getreten ist, bis entweder Titius zum Consul gewählt, oder das Gegentheil gewiss geworden. Die Wirkung der bedingten Novation ist demnach die, daß sie dem Schuldner eine Frist verschafft, zwar keine bestimmte, nach dem Kalender abgemessene, sondern eine unbestimmte, aber doch immer nur eine Frist. Es liegt ein dies vor, zwar incertus quando, aber certus an. Die bedingte Novation im engeren Sinne verwandelt also das Schuldverhältnis in ein unbestimmt-betagtes. Gajus hat vollständig Recht, wenn er hier ein pactum annimmt, wonach während schwebender Bedingung nicht geklagt werden könne, oder wie er sich, freilich etwas ungenauer, ausdrückt, „et videatur inter eos id actum, ut ita ea res peteretur, si posterioris stipulationis extiterit condicio"; und wir können Paulus nur beipflichten, wenn er in fr. 60 §. 1 de cond. indeb. die condictio indebiti für unzuläßig erklärt, wo eine betagte Schuld vor ihrer Fälligkeit abgetragen worden.

Der öconomische Zweck der bedingten Novation im engeren Sinne war Stundung; daher finden wir sie auch so oft in Verbindung mit Mora erwähnt. Einem Schuldner kann damit gedient sein, wenn der Gläubiger sich noch bis zu einem bestimmten Kalendertage, z. B. bis Neujahr, geduldet, häufig wird es ihm aber lieber sein, wenn der Gläubiger mit ihm den Eintritt eines bestimmten Ereignisses abwarten will. Es soll dem Gläubiger zwar nicht zugemuthet werden, daß er vom Eintritt dieses Ereignisses auch die Existenz seiner Forderung abhängig mache, er soll nur warten, bis dieses Ereignis entweder eingetreten oder sich das Gegentheil entschieden hat. Diesem Zwecke, der Stundung auf unbestimmte Zeit, diente den Römern die bedingte Novation im engeren Sinne.

Stundung auf unbestimmte Zeit unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen kommt auch bei uns tagtäglich vor, aber wir bedienen uns hier nicht der Novation, die auf unserem Rechtsboden überhaupt nicht mehr recht gedeihen will, sondern erreichen denselben Zweck auf einfachere Weise. Z. B. ein Gläubiger drängt seinen Schuldner, der Schuldner stellt ihm vor, daß er selber seine Ausstände nicht einkriegen könne,

aber der X sei ein prompter Bezahler, der bezahle jeden Fastnacht, und, wenn es spät werde, doch jeden Ostern, Gläubiger möge warten, bis X bezahle. Gläubiger erklärt sich hiemit einverstanden. Er stundet seinem Schuldner auf unbestimmte Zeit, bis der X bezahlt hat. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob er seine Forderung von der Bezahlung des X abhängig machen wolle. Er hat vielmehr, genau betrachtet, seinem Schuldner unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen gestundet, bis X bezahlt oder sich das Gegentheil entschieden hat. Die Römer würden hier bedingt novirt haben mittels einer Stipulation etwa von folgender Fassung: Spondesne mihi decem dare, si Titius tibi solverit? —

Mag aber die bedingte Novation im engern Sinne so vernünftigen Zwecken gedient haben, wie sie will, paradox klingt es darum doch immer, daß eine in novirender Absicht eingegangene, an und für sich betrachtet, bedingte Stipulation das Schuldverhältnis nur zu einem unbestimmt-betagten machen soll. Es ist dies eben die Wirkung zweier einander entgegengesetzten Bedingungen. Sobald die alte und neue Obligation verschiedene Personen haben, entstehen in der That bedingte Schuldverhältnisse, wie wir dies bei der bedingten Delegatio und Expromissio sahen, sobald aber in beiden Obligationen dieselben Personen wiederkehren, liegt ein Fall vor, wo jemand unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen schuldet, und eine solche Schuld ist nur eine betagte. —

Solcher Fälle giebt es noch mehr, und da dieselben von den neuern Schriftstellern wenig beachtet zu sein scheinen, kann ich mir es nicht versagen, deren hier anzuführen, um so weniger, als gerade Paulus bei Betrachtung solcher Fälle die richtige Natur der bedingten Novation im engern Sinne erkannte.

Im pr. von fr. 60 § 1 de cond. indeb. heißt es nämlich:

> Julianus verum debitorem post litem contestatam, manente adhuc judicio, negabat solventem repetere posse, quia nec absolutus, nec condemnatus repetere posset; licet enim absolutus sit, natura tamen debitor

permanet; similemque esse ei dicit, qui ita promisit, sive navis ex Asia venerit, sive non venerit, quia ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur.

Erster Fall. — Ein wirklicher Schuldner hat es bis zur Litiscontestatio kommen lassen, darauf zahlt er aber, ohne das Urtheil abzuwarten. Dieser hat nicht die condictio indebiti, denn er ist Schuldner unter zwei entgegengesetzten Bedingungen, mag Freisprechung, mag Verurtheilung erfolgen, weil auch ungerechte Freisprechung Naturalobligation übrig läßt.

Zweiter Fall. — Jemand will sein Schiff für eine Seereise von Asien nach Rom versichern, er muß dem Versicherer die Prämie unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen versprechen, mag das Schiff aus Asien ankommen oder nicht.

Beim zweiten Falle, jedoch mit Rücksichtnahme auf beide Fälle, wird bemerkt: ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur, d. h. beide Zahlungen finden ihren Ursprung in einer Veranlaßung. Allein damit dürfte die Eigenthümlichkeit dieser Fälle nicht scharf genug bezeichnet sein.

Im ersten Falle liegen gerade so wie bei der bedingten Novation im engern Sinne zwei Obligationen vor. Ein wirklicher Schuldner, der es zur Litiscontestatio hat kommen laßen, schuldet einmal unter der Bedingung, wenn er verurtheilt wird, aber, weil er wirklicher Schuldner, schuldet er auch unter der Bedingung der Freisprechung, denn ungerechte Freisprechung läßt immer noch Naturalobligation übrig. — Weil aber in beiden Obligationen, wie bei der bedingten Novation im engern Sinne, der nämliche Schuldner und Gläubiger wiederkehrt, so stehen sich auch hier die beiden entgegengesetzten Bedingungen einander im Wege, um zur vollen Geltung gelangen zu können. Die Ungewissheit, welche das Wesen der Bedingung ausmacht, ist nicht vorhanden, es ist gewiss, daß derselbe demselben schuldet. Nur ist zu beachten, daß hier nicht beide Obligationen civil, sondern die eine civil und die andere natural ist. Daher würde man nicht ausreichen, wenn man hier sagen wollte, die Wirkung der einander entgegengesetzten Bedingungen sei die, daß das Schuldver-

hältnis ein unbestimmt-betagtes werde. Denn erfüllt sich die Bedingung für die Civilobligation, so erhalten wir freilich eine fällige Obligation, tritt aber der umgekehrte Fall ein, so haben wir eine Natural-Obligation, und von einer solchen kann man überhaupt nicht sagen, daß sie jemals fällig werde. — Ganz das Nämliche kann übrigens bei der bedingten Novation vorkommen, es kann nicht nur eine Natural-Obligation, sondern auch mit einer Natural-Obligation kann bedingt novirt werden.[12])

Im zweiten Falle wäre es schon etwas künstlich, wenn man überall von zwei Obligationen sprechen wollte. Es liegt eine promissio und deshalb eine Obligatio vor. Hier könnte man allenfalls dem Römischen Juristen zu Gefallen gelten laßen: ex una causa alterius solutionis origo proficiscitur, obwol man diese Characteristik auch hier beßer links liegen läßt. Es unterscheidet sich dieser Fall also von dem ersten und ebenso von dem der bedingten Novation. Gleichwol läßt er die Natur zweier einander entgegengesetzten Bedingungen nicht minder scharf erkennen. Wer unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen versprochen hat, ist gar kein bedingter Schuldner, das eine oder andere muß jedenfalls eintreten, und wenn auch das Wann? noch nicht feststeht, so ist doch das Ob? außer Frage.

So liefert denn allein unser fr. 60 pr. zwei Beispiele, wo jemand unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen schuldet; der Fall der bedingten Novation im engern Sinne steht also keineswegs einzig in seiner Art da. Was das erstere Beispiel anbetrifft, so hängt von dessen Verständnis bekanntlich die Lösung der Streitfrage ab, ob ungerechte Freisprechung Natural-Obligation übrig laße. Ich habe mich bejahend ausgesprochen, bin also der unter andern von Savigny[13]) vertheidigten Ansicht beigetreten. Die Stelle dürfte sich auch schwerlich anders verstehen laßen, obschon es vom

---

[12]) Fr. 1 §. 1 Nov. 46, 2.

[13]) Savigny Obligationenrecht, Band I, S. 82 ff.

legislatorischen Standpunkte aus ein sehr bedenklicher Satz sein mag, daß nach ungerechter Freisprechung noch Natural-Obligation übrig bleibt, noch dazu wenn, was ich freilich nicht zugebe, Savigny's Auffaßung der Natural-Obligation richtig sein sollte.

Ein weiteres Beispiel zweier einander entgegengesetzten Bedingungen, wie es in Praxi leicht vorkommen kann, wäre folgendes. A. schuldet B. aus einem Kaufe 100. A. wünscht diese 100 gerne als Darlehen zu behalten. B. ist damit einverstanden, wenn ein bestimmtes Ereignis eintritt, z. B. wenn die und die Gelder eingehen werden. Bis sich das eine oder andere entscheidet, ist A Schuldner unter zwei einander entgegengesetzten Bedingungen: unter der Bedingung, daß die Gelder eingehen, ist er Darlehensschuldner, unter der entgegengesetzten ist er Schuldner aus dem Kaufe.

So glaube ich denn, nicht nur gezeigt zu haben, daß es mit der bedingten Novation im engern Sinne eine andere Bewandtnis habe, als mit den beiden andern Novationsfällen, ich glaube auch den Nachweis nicht schuldig geblieben zu sein, daß dieselbe nicht einzig in ihrer Art dasteht, daß es noch andere Beispiele gibt, wo zwei einander entgegengesetzte Bedingungen ganz in gleicher Weise einwirken.

Im Ganzen wäre das Ergebnis dieses. Servius Sulpicius und Labeo befanden sich auf einem schon von den spätern Römischen Juristen längst überwundenen Standpunkte. Die Auffaßungen des Javolen und Gajus waren zu einseitig, wenn gleich jeder von ihnen theilweise das rechte traf. Paulus hat das Verdienst, daß er zwischen der bedingten Novation im engern Sinne und der bedingten Expromissio unterschied, und beide Fälle verschieden behandelte. Für die bedingte Expromissio gab Paulus Javolen Recht; anlangend die bedingte Novation im engern Sinne, so kehrte er zu Gajus zurück. Was von der bedingten Expromissio, gilt auch von der bedingten Delegation, auch hier ist die Auffaßung des Javolen die einzig-richtige. Bedingte Expromissio wie Delegation verwandelt die ursprüngliche Obligation in eine um-

gekehrt-bedingte, bedingte Novation im engern Sinne macht das Schuldverhältnis zu einem unbestimmt-betagten.

Jetzt soll noch auf die Ansichten der neueren Schriftsteller eingegangen werden.

III. Die Ansichten der neuern Schriftsteller.

Die neuern Schriftsteller haben der hier behandelten Frage wenig Aufmerksamkeit geschenkt.

Puchta[14]) begnügt sich mit der Bemerkung: „Eine Bedingung für die neue Obligatio macht die Novation selbst, also auch die Aufhebung der alten, zu einer bedingten."[15])

Am ausführlichsten ist noch Göschen.[16]) Dieser Schriftsteller stellt zunächst folgende Sätze auf. Die Frage, ob die prior obligatio oder die nova obligatio gelten werde, bleibe unentschieden, so lange die Bedingung schwebe. Falle die Bedingung aus, so bleibe es bei der früheren Obligatio, gehe sie in Erfüllung, und werde dadurch die neue Obligatio zu einer wirklich vorhandenen, so sei die frühere aufgehoben; wogegen, falls ungeachtet der erfüllten Bedingung die neue Obligation nicht zu Stande kommt, die frühere fortbesteht.

Für diese letzte Behauptung wird Bezug genommen auf fr. 14 pr. Nov. 46, 2, vba: et ideo — — impletur. Ulpian sagt hier, wenn Stichus Gegenstand der Obligation und dieser während schwebender Bedingung gestorben wäre, so könne auch nicht (nec) Novation eintreten, weil zur Zeit, wo sich die Bedingung erfüllt, kein Gegenstand mehr vorhanden ist. Schwerlich hat Ulpian wol gemeint, daß nur die neue Obligatio nicht zu Stande komme, die alte aber fortbestehe; er sagt, Novation trete auch nicht ein, darin liegt, daß mit dem Untergange der Sache sowol die alte, als die neue Obligation ihre Endschaft erreicht habe.

---

14) Puchta Pandekten §. 291. —

15) Dafür wird sich berufen auf fr. 14 pr. Nov. 46, 2. fr. 36 R. C. 12, 1. —

16) Göschen Civilrecht Band II, §. 456.

In der angeführten Stelle steht das also nicht, was Göschen beweisen wollte. Man müßte sich auch schon einen anderen Fall denken, als ihn Ulpian in den angezogenen Worten voraussetzt, um die Anwendbarkeit des in Frage stehenden Satzes Göschen's auch nur für möglich zu halten. Ein solcher Fall möchte enthalten sein in fr. 56 §. 8 Verb. Obl., wo bedingt expromittirt wird für einen Schuldner, der sich in Mora befindet, ohne daß der Expromissor die Mora mit übernommen hätte.[17]) Wenn hier der geschuldete Gegenstand während schwebender Bedingung untergeht, so wäre folgende Entscheidung wenigstens denkbar: weil während schwebender Bedingung die Sache untergegangen, so kann die neue Obligation nicht zu Stande kommen, es kann mithin keine Novation eintreten und die frühere Obligation besteht fort. Hier also wäre die Anwendung des Göschen'schen Satzes mindestens denkbar; ob indes der Satz richtig, das ist eine andere Frage, auf die ich weiter unten zurückkommen muß.[18])

Weiter hätte ich im Uebrigen gegen die bisher vorgeführten Behauptungen Göschen's nichts einzuwenden. Es ist richtig, daß es bei der früheren Obligation bleibt, wenn die Bedingung ausfällt, und daß die frühere Obligation aufgehoben wird, wenn die Bedingung sich erfüllt. —

Hieran reiht sich aber folgendes sehr beachtenswerthes Geständnis Göschen's:

„Die consequente Anwendung dieser Grundsätze auf den besonderen Fall, da die zu substituirende Obligatio sich von der früheren durch weiter nichts unterscheidet, als nur eben dadurch, daß sie unter einer Bedingung contrahirt ist, führt dahin, daß man einer Novation dieser Art alle praktische Bedeutung absprechen muß. Denn, es mag die frühere Obligatio fortbestehen, oder die neue, wegen Erfüllung der Bedingung, an ihre Stelle treten, Gläubiger und Schuldner blei-

[17]) Vgl. unten §. 4.

[18]) Vgl. unten §. 4.

ben dieselben; ebenso der Gegenstand und die Art der Forderung."

Diese Worte beweisen, daß Göschen hinsichtlich der bedingten Novation im engeren Sinne nicht zum Verständnis gelangt ist. Dieser Novationsfall kommt sehr oft in den Quellen vor. Die Römer sollten nun so seltsame Menschen gewesen sein, daß sie sehr oft ein Rechtsgeschäft abgeschlossen hätten, dem man „alle practische Bedeutung absprechen muß!" Wenn auch Gegenstand und Art der Forderung dieselben bleiben, wenn auch Gläubiger und Schuldner sich nicht verändern, es mag die frühere Obligation fortbestehen, oder wegen Erfüllung der Bedingung die neue an ihre Stelle treten, so hat darum die bedingte Novation doch ihre sehr gute Bedeutung, weil eben der Gläubiger so lange warten muß, bis sich entschieden, welche von beiden Obligationen zur Geltung gelange. Und wenn drei Monate verstreichen sollten, bis diese Entscheidung eintritt, so hat in diesem Falle die bedingte Novation ganz die nämliche practische Bedeutung gehabt, wie heutzutage ein Wechsel zahlbar drei Monate nach Dato!

Gewissen Modificationen, meint übrigens Göschen selber, sei sein Resultat denn doch wol unterworfen gewesen. Einmal habe durch bedingte Novation im engeren Sinne die Mora des Schuldners purgirt werden können. Darüber weiter unten.[19]) Ferner sei denkbar, daß die Absicht der Contrahenten dahin ging, die bisherige unbedingte Obligation solle schlechthin aufhören und der Schuldner überhaupt nur für den Fall verpflichtet sein, wenn die Bedingung der neuen Obligatio sich erfülle; hier habe der Schuldner, wenn die Bedingung ausfalle, gegen die Klage des Gläubigers aus der früheren Obligation eine exceptio doli.

Es ist allerdings möglich, daß die Absicht der Contrahenten eine derartige war; allein dieser Fall läßt sich schwerlich der Novation unterordnen, es liegt bedingte Aufhebung der alten Obligation, aber keine bedingte Novation vor. Göschen

---

[19]) Vgl. unten §. 4—9. —

beruft sich auf Gajus III, 179. Hier ist indes von wirklicher bedingter Novation die Rede, und die dort erwähnte exceptio doli mali aut pacti conventi soll gegen eine Klage schützen, die während schwebender Bedingung angestellt würde.

Weiter läßt sich auch Göschen auf die bedingte Novation nicht ein. Manche Stellen sind ihm entgangen, so besonders die Hauptstelle fr. 60 §. 1 de cond. ind. 12, 6, die ihm zeigen konnte, daß zwischen den einzelnen Novationsfällen zu unterscheiden, und nicht alle auf gleiche Weise zu behandeln seien. —

So kann denn auch Göschen uns an unserem Ergebnis nicht irre machen. Bedingte Expromissio und Delegatio verwandelt die ursprüngliche Obligation in eine umgekehrt-bedingte, dagegen bedingte Novation im engeren Sinne macht das Schuldverhältnis zu einem unbestimmt-betagten.

II. Einfluß der unbedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora.

§. 3.

I. Die Ansichten der Römischen Juristen.

In der Einleitung sagte ich, bei Erörterung der Frage, welchen Einfluß die bedingte Novation auf die ursprüngliche Obligation ausübe, sei es schon deshalb erforderlich, die Einwirkung der unbedingten Novation auf die Mora der früheren Obligation darzulegen, weil die Stellen zu sehr in einander griffen. In dieser Beziehung steht die Sache nun freilich so, daß die Römischen Juristen die bedingte Novation weit eingehender erörtern, und daß derjenige Römische Jurist, welcher hier vornämlich in Betracht kommt, Marcell, sein Princip bei der bedingten Novation gefunden und am ausführlichsten entwickelt und erst von da auf die unbedingte Novation übertragen hat. Gleichwol glaubte ich, zunächst von der unbedingten Novation handeln zu müßen, weil dies der einfachere Fall, dessen Erörterung für die verwickeltere bedingte Novation die beste Grundlage abgeben wird; und wenn darüber auch die Ansichten der Römischen Juristen über den Einfluß der unbedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora hier noch nicht ausführlich entwickelt werden könnten, so muß das bei der bedingten Novation nachgeholt werden.

Es haben sich von den Römischen Juristen über unsere Frage ausgesprochen: Marcell, Papinian und Ulpian.

Von Marcell sagte ich schon, daß er sein Princip bei der bedingten Novation gefunden habe. Es lautete dasselbe:

Novation sei Oblation. Dies Princip überträgt er dann auch auf die unbedingte Novation, wie dies fr. 29 §. 1 V. O. 45, 1 und vielleicht auch noch fr. 72 §. 2 Sol. 46, 3 zeigen. Als Consequenz zog er aus diesem Principe den Satz, daß die Novation, sowol die unbedingte als die bedingte, gleich der Oblation die Wirkungen der Mora aufhebe.

Den Beweis für dies alles muß ich freilich noch schuldig bleiben, auch wird eine Interpretation der beiden angeführten Stellen beßer da erfolgen, wo ich diesen Beweis zu führen, und die Ansicht des Marcell in ihrer Ganzheit darzustellen gedenke [1]).

Papinian's Ansicht ist enthalten in

fr. 17 de cond. furt. 13, 1. – Papinianus libro X Quaestionum. —

> Parvi refert ad tollendam condictionem, offeratur servus furtivus, an in aliud nomen aliumque statum obligationis transferatur. Nec me movet, praesens homo fuerit, nec ne, quum mora, quae eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Papinian führt hier aus, um die Mora des Fur aufzuheben, sei es gleichviel, ob der gestohlene Sclave offerirt, oder ob eine Novation vorgenommen werde. Auch komme es im letztern Falle nicht auf die Gegenwart des Sclaven an, welche Ansicht, wie wir noch sehen werden, von Marcell aufgestellt war, denn bei vorliegender Novation werde die Mora gleichsam durch eine Art von Delegation „veluti quadam delegatione" beendigt.

Dieser Vergleich der Novation mit der Delegation ist mir unverständlich. Der regelmäßige Fall der Delegation ist zwar eine Unterart der Novation, aber Unterart und Gattung laßen sich doch nicht in der Weise mit einander vergleichen, daß die Gattung gleichsam eine Art der Unterart genannt werden könnte. Ich vermuthe oblatione statt delegatione. Daß diese beiden Wörter mit einander vertauscht werden konnten, ist leicht

[1]) Vgl. unten §. 5 und §. 6. —

möglich. Man denke sich beide mit Unzialen geschrieben: DELEGatione OBLatione. Aus oblatione mag zunächst delatione, und daraus dann wieder delegatione geworden sein. Aber auch der Zusammenhang deutet auf oblatione hin. Im Eingange sagt Papinian, es sei gleichviel, ob offerirt oder novirt werde; wie sollte er nun wol am Schluße dazu gekommen sein, die Novation mit der Delegation in Parallele zu stellen! es liegt doch weit näher, daß er die Novation für gleichsam eine Art von Oblation, als für eine Art von Delegation gehalten hätte.

Unter dieser Voraussetzung — und darin erblicke ich zugleich einen Bestätigungsgrund für meine Conjectur — wäre in unserer Stelle ganz der nämliche Gedanke enthalten, wie ihn Ulpian ausspricht in fr. 8 pr. Nov. 46, 2. — Ulpianus libro XLVI ad Sabinum. —

> Si Stichum dari stipulatus fuerim, et quum in moram[2]) promissor esset, quo minus daret, rursus eundem stipulatus fuero, disinit periculum ad promissorem pertinere, quasi mora purgata.

Hiernach soll die Novation die Mora „quasi purgare". Der Ausdruck purgare moram kommt nur dreimal im Corpus Juris vor, außer in unserer Stelle noch in fr. 73 §. 2. Verb. Obl. 45, 1 und fr. 14 pr. Nov. 46, 2. Purgare moram ist gleichbedeutend mit offerendo purgare moram.[3]) In d. fr. 73. §. 2 wird es gerade mit Bezug auf Oblation gebraucht „offerendo purgat moram", und wenn sich auch d. fr. 14 pr. auf einen Novationsfall bezieht, so steht doch auch

---

[2]) moram hat die Florentina, und statt dessen, wie in der Kriegel-schen Ausgabe geschehen, mora zu lesen, dafür liegt kein Grund vor. In aliquam rem esse kommt häufiger vor, wo wir in mit dem Dativ gebrauchen. Eine große Anzahl Belegstellen hat gesammelt Böcking in seiner Ausgabe des Gajus Addenda ad I §. 55 nota 2 pag. 342. Vgl. dazu noch fr. 14 §. 11 quod metus causa 4, 2 „in fugam esse"; fr. 78 §. 6 Leg. III „in dotem erat"; Coll. leg. Rom. & Mos. X, 8 „in potestatem esse."

[3]) Vgl. Puchta Pandekten §. 270 Note bb.

diese Stelle der obigen Annahme nicht entgegen, wie wir unten sehen werden.[4]) Den meisten Beweis für diese Annahme liefert aber gerade unsere Stelle selber. Denn die beiden einzigen Aufhebungsgründe der Mora, welche das Corpus Juris enthält, sind Oblation und Novation.[5]) Wenn nun Ulpian die Aufhebung der Mora durch Novation nur gleichsam ein purgare nennt, so bleibt für das wirkliche purgare nichts anderes als die Oblation übrig, er muß also nothwendig purgare moram mit offerendo purgare moram für gleichbedeutend genommen haben. Daraus ist wieder rückwärts folgender Schluß gerechtfertigt. Wenn purgare moram gleichbedeutend mit offerendo purgare moram, und wenn Ulpian die Aufhebung der Mora durch Novation nur ein quasi purgare nennt, so liegt darin, daß die Aufhebung der Mora durch Novation gleichsam eine Aufhebung derselben durch Oblation sei.

So tritt denn in dieser Stelle dieselbe Auffaßung zu Tage, wie in fr. 17 de cond. furt. In beiden Stellen ist das Marcell'sche Princip zwar nicht aufgegeben, es erscheint aber in abgeschwächter Gestalt. Uebrigens werde ich auf das Verhalten Papinian's und Ulpian's zum Marcell'schen Princip unten noch genauer eingehen müßen.[6])

Sämmtliche vier Stellen, die wir bisher betrachteten, beschäftigten sich mit einer und derselben Wirkung der Mora,

---

[4]) Vgl. unten §. 5.

[5]) Auf die Oblation beziehen sich: fr. 17 de per. & comm. 18, 6. fr. 51 A. E. V. 19, 1. fr. 26 S. M. 24, 3. fr. 91 §. 3, fr. 73. §. 2. V. O. 45, 1. fr. 8 pr., fr. 17 de cond. furt. 13, 1; c. 2 C. de cond. furt. 4, 8; auf die Novation: fr. 14 pr. Nov. 46, 2. fr. 72 §. 1—3 Sol. 46, 3. fr. 29 §. 1 V. O. 45, 1; fr. 56 §. 8 eodem; fr. 17 de cond. furt. 13, 1; fr. 31 pr., fr. 8 pr. Nov. 46, 2. — Wenn Mommsen Mora Seite 322, Anm. 4, noch fr. 47 und fr. 32 §. 1 Us. 22, 1 hierher zieht, so übersieht er, daß diese Stellen nur das Eintreten einer Mora verneinen, nicht aber von Aufhebung einer bereits begründeten Mora handeln. Auf das gleichfalls von Mommsen Mora Seite 321 und Seite 329 ff. misverstandene fr. 54 de pact. 2, 14 werde ich noch zu sprechen kommen. Vgl. unten §. 8. —

[6]) Vgl. unten §. 7. —

der Haftung für Zufall. In fr. 29 §. 1 V. O. fr. 72 §. 2 Sol. 46, 3. fr. 8. pr. Nov. 46, 2 ist dies mehr oder minder ausdrücklich ausgesprochen, für fr. 17 de cond. furt. 13, 1 ergibt dies der Zusammenhang. Papinian bemerkt hier: um eine condictio furtiva aufzuheben, sei es ziemlich einerlei, ob der gestohlene Sclave offerirt oder die Obligation novirt werde. Dabei setzt Papinian jedoch voraus, daß der gestohlene Sclave nach der Oblation, beziehungsweise nach der Novation gestorben, denn nur unter dieser Voraussetzung konnte er die Behauptung aufstellen, daß in Folge der Oblation die condictio erlösche und die novirte condictio untergehe. — In allen vier Stellen ist der Satz enthalten, daß Novation den in Mora befindlichen Schuldner von der Haftung für Zufall befreie.

Allein die Folgen der Mora sind zweifacher Art. Einerseits sorgt sie dafür, daß die Obligation bei Bestand bleibe, nicht erlösche, daß selbst zufälliger Untergang der geschuldeten Sache ihr nicht schade, sie macht die Obligation zu einer fortdauernden, perpetuatur obligatio, wie hierfür der Quellenausdruck ist.[7]) Andererseits bewirkt die Mora auch eine Vermehrung der Obligation: sie gewährt dem Gläubiger einen Anspruch auf Früchte, Zinsen, omnis causa.[8]) Es ist noch zu untersuchen, in wie fern die Römischen Juristen die Novation auf diese Obligationsvergrößerung, welche die Mora erzeugte, einwirken ließen.

In dieser Beziehung besitzen wir nur eine einzige Stelle, und zwar von Ulpian, nämlich fr. 1 §. 13 Ut leg. 36, 3. Zum Verständnis dieser Stelle muß ich jedoch ein paar Bemerkungen voraufschicken.

Inhalt der Stipulation konnte sowol ein certum, z. B. eine bestimmte Sache, eine Summe Geldes, als auch ein incertum sein. Das incertum war wieder in doppelter Weise möglich: entweder konnte es ein Schuldverhältnis in der Weise

---

[7]) Fr. 91 §. 3 Verb. Obl. 45, 1. fr. 24 §. 2 Usuris 22, 1; fr. 58 §. 1 de fidej. 46, 1.

[8]) Fr. 8 fr. 32 §. 2 Us. 22, 1 u. a. m.

umspannen, daß es bloß den gegenwärtigen Bestand desselben, bloß das in sich aufnahm, was in dem Augenblicke, wo die Stipulation abgeschloßen, geschuldet wurde; es konnte aber auch in die Zukunft hinüber greifen und künftige Leistungen mit in sich aufnehmen. Ob ein incertum dieser oder jener Art vorlag, ergab die Faßung der Stipulation. Lautete diese einfach auf quidquid dare facere oportet, so waren künftige Leistungen ausgeschloßen, sollte die Stipulation in die Zukunft mit hineinreichen, so mußte sie den Zusatz oportebitve oder praesens in diemve enthalten.[9]

Dies ist nicht bloß richtig für die Fälle, wo die Stipulation zu dem alten Schuldverhältnis accessorisch hinzutritt, sondern gilt auch da, wo mittels Stipulation novirt wurde. Wenn z. B. ein vom Verkäufer in novirender Absicht delegirter Käufer dem neuen Gläubiger nur versprach quidquid ex vendito dare facere oportet, so brauchte er in Zukunft die gesetzlichen Zinsen, wozu er als Käufer verpflichtet war,[10] nicht mehr zu entrichten; dem alten Gläubiger nicht, weil novirt war, dem neuen nicht, weil die Stipulation nur auf oportet lautete.[11]

Jetzt will ich wieder zu unserer Stelle zurückkehren.

Fr. 1 §. 13 Ut leg. 36, 3. —. Ulpianus libro LXXIX ad Edictum. —

> Bellissime quaeritur, an haec stipulatio incrementum ex fructibus vel usuris sentiat. Et recte placuit, ex mora incrementum habituram stipulationem, ut id, quod oportebit, comprehendat.

Die Stipulation, um welche es sich hier handelt, ist die stipulatio legatorum servandorum causa, die bekanntlich den Anspruch des Vermächtnisnehmers in sich aufnahm. Es wird die Frage aufgeworfen, ob diese Stipulation einen Zuwachs an Früchten oder Zinsen erleide, und geantwortet, daß

---

[9]) Fr. 76 §. 1, fr. 89, fr. 125 V. O. 45, 1, und dazu Liebe Stipulation Ste 275 ff. Vgl. auch fr. 46 Leg. II. fr. 18 §. 1 de Acc. 46, 4. —

[10]) Fr. 13 §. 20. 21 A. E. V. 19, 1. C. 5 C. eodem 4, 49.

[11]) Fr. 27 Nov. 46, 2.

sie in Folge von Mora einen derartigen Zuwachs haben werde, so daß sie id, quod oportebit, umfaße.

Mommsen [12]) meint deshalb, diese Stipulation habe wirklich auf id quod oportebit gelautet. Das glaube ich nun nicht. Es steht nur da, sie solle das id quod oportebit umfaßen, daraus folgt aber noch nicht, daß sie wirklich hierauf gelautet habe. Die stipulatio legatorum servandorum causa war nämlich eine stipulatio praetoria, für die der Prätor ganz wie für die actiones in seinem Album stehende Formulare hatte. [13]) Derartige Formulare pflegen nicht leicht geändert zu werden, dafür aber war hier auch die Interpretation freier, als bei jenen Stipulationen, deren Faßung ganz auf dem Willen der Contrahenten beruhte. [14]) Es wäre sehr wol möglich, daß die stipulatio legatorum servandorum causa nur auf oportet lautete, aber behandelt wurde, als wenn sie id quod oportebit mit umfaße. Und das müßen wir wol annehmen, denn hätte schon im Formular oportebit mit gestanden, so wäre es ja selbstverständlich gewesen, daß diese Stipulation Früchte und Zinsen für die Zukunft mit umfaße, man würde nicht begreifen, wie unter dieser Voraussetzung Ulpian von „bellissime quaeritur“ und „recte placuit“ reden konnte. Dazu kommt noch, daß die Mora nicht bei allen Legaten einen Anspruch auf Früchte und Zinsen erzeugte, [15]) und daß es auch sonst Fälle gegeben haben wird, wo weder Früchte noch Zinsen geschuldet wurden, es wären dann mindestens zwei Formulare für die stipulatio servandorum legatorum nöthig gewesen, da das oportebit häufig nicht gepasst hätte.

Dem sei indes wie ihm wolle: jedenfalls steht fest, daß die stipulatio legatorum servandorum causa wie eine Stipulatio mit oportebit behandelt wurde, und daß sie in Folge von Mora einen Zuwachs an Früchten oder Zinsen erhielt „ex mora incrementum habituram“.

---

[12]) Mommsen Mora Ste 277., Anm. 10.
[13]) Keller Römischer Civilprocess §. 77.
[14]) Fr. 10 de stip. praet. 46, 5 u. dazu Keller a. a. O.
[15]) Siehe die folgende Anm.

Diese Worte könnten an sich einen doppelten Sinn haben: sie laßen sich entweder so verstehen, daß die stipulatio legatorum servandorum causa in Folge später hinzutretender Mora einen Anspruch auf Früchte, Zinsen mitenthalte, sie laßen aber auch die Deutung zu, daß diese Stipulation einen bereits durch frühere Mora entstandenen Anspruch auf Früchte, Zinsen mitumfaße. Dem Zusammenhange nach ist nur die letztere Auslegung zuläßig. Denn wenn beim Abschluß der Stipulatio schon von quod oportebit die Rede sein konnte, so mußte damals schon eine Mora vorliegen, weil nur unter dieser Voraussetzung eine Verpflichtung des Vermächtnisgebers für die Zukunft Früchte, Zinsen zu leisten, gedenkbar war. Der Fall ist mithin dieser: der Vermächtnisgeber war bereits in Mora versetzt, z. B. gemahnt, darauf wird zwischen diesem und dem Vermächtnisnehmer die stipulatio praetoria eingegangen, welche die bereits vorhandene Mora mit in sich aufnimmt. Dabei wird dann vorausgesetzt, daß das schuldige Vermächtnis entweder ein Fideicommiß oder legatum sinendi modo gewesen sei, denn bei den übrigen Legaten äußerte die Mora in dieser Beziehung keine Wirkungen.[16])

So sind wir denn zu dem Resultate gekommen, daß die stipulatio legatorum servandorum causa wie eine Stipulatio mit oportebit behandelt wurde, und daß sie in Folge dessen den bereits durch Mora erzeugten, wie den durch Mora in Aussicht gestellten Anspruch auf Früchte, Zinsen in sich aufnahm. Daraus folgt weiter, daß jede Stipulatio, die sich auf ein früheres Schuldverhältnis bezog, falls sie auf oportebit lautete, dieselbe Wirkung haben mußte, daß es mithin den Contrahenten freistand, auf diese Weise die Mora, was Früchte und Zinsen anlangt, in vollem Umfange in die neue Stipulation mithinüber zu nehmen.

Freilich ist in unserer Stelle mit keiner Sylbe ausdrücklich der Novation gedacht: da aber die Römischen Juristen zur Annahme von Novationen sehr hinneigten, so mag sie sich

---

[16]) Gajus II, 280.

gleichwol auf dieselbe beziehen. Und wenn auch nicht, so wird darum die Beweiskraft dieser Stelle für den Fall der Novation noch in keiner Weise geschwächt. Denn ist es richtig, daß die Römer neben eine alte Obligation eine Stipulation in der Art hinstellen konnten, daß diese den Anspruch auf Verzugszinsen und Verzugsfrüchte für Vergangenheit wie Zukunft mit umfaßte, so steht auch der Annahme nichts im Wege, daß mittels einer solchen Stipulation novirt werden konnte. War doch eine Novation gedenkbar durch eine Stipulation mit ganz anderem Inhalte, als ihn die alte Obligation hatte: [17]) um wie viel mehr sollte sie nicht möglich gewesen sein durch eine Stipulation, die sich möglichst bemühte, den Inhalt der alten Obligation, genau so wie er war, in sich aufzunehmen!

Demnach haben wir auf Grundlage unserer Stelle den Satz gewonnen, daß, wenn mittels einer Stipulation, die auf oportebit lautete, novirt wurde, die Mora, was Verzugszinsen und Verzugsfrüchte anlangt, in vollem Umfange bestehen blieb. Dies rechtfertigt den Schluß, daß eine Stipulation mit quidquid dare facere oportet ohne oportebit nur die Verzugszinsen bezw. Verzugsfrüchte umfaßt haben wird, welche in dem Augenblicke bereits geschuldet wurden, wo man die Novation abschloß. Man kann sich für diese Schlußfolgerung auch noch auf fr. 27 Nov. 46, 2 berufen, denn was hier für die gesetzlichen Zinsen, die der Käufer schuldet, ausgesprochen, muß doch wol ebensogut von Verzugszinsen gegolten haben.

So finden wir denn einerseits im Corpus Juris ausgesprochen, daß die Mora, insofern sie für den Zufall verantwortlich macht, durch Novation aufgehoben werde, daß aber andererseits Verzugszinsen und Verzugsfrüchte, sowol die bereits fälligen, als die künftigen, in die neue Obligation mit hinüber genommen werden konnten.

---

[17]) Arg. fr. 28 Nov. 46, 2.

II. Meine Ansicht.

Die Römischen Juristen faßten vorzugsweise die Haftung für Zufall in's Auge, ich will zunächst von der andern Wirkung der Mora, der Obligationsvergrößerung, ausgehen.

Wir sahen, daß eine Stipulation mit oportet oportebitve den Anspruch auf Verzugszinsen, Verzugsfrüchte sowol für Vergangenheit als Zukunft mit umfaßte, daß aber eine Stipulation mit oportet ohne oportebit nur die Verzugszinsen, Verzugsfrüchte, die bereits fällig waren, in sich aufnahm. Nun ist weiter denkbar, daß die neue Obligation weder auf quidquid dare facere oportet noch auf quidquid dare facere oportet oportebitve, sondern auf eine bestimmte Summe Geldes, eine bestimmte Sache lautete. Damit ist die Möglichkeit gegeben, die Wirkungen der Mora von der neuen Obligation ganz auszuschließen. Z. B. jemand, der 100 oder fundum Cornelianum schuldete, sei am 1. Januar gemahnt, als er am 1. Juli mit seinem Gläubiger novirt, ist dieser wieder mit einem Versprechen auf 100 oder fundum Cornelianum zufrieden. Hier ist die Mora durch Novation aufgehoben: es werden nach Abschluß der Novation weder für die Vergangenheit noch für die Zukunft Verzugszinsen bezw. Verzugsfrüchte geschuldet. Hätte der Gläubiger eine Stipulation auf quidquid dare facere oportet verlangt, so würde er nur die künftigen Verzugszinsen bezw. Verzugsfrüchte Preis gegeben; bei einer Stipulation auf quidquid dare facere oportet oportebitve würde er gar nichts eingebüßt haben.

So sind denn, was die Verzugszinsen, Verzugsfrüchte anlangt, drei Möglichkeiten vorhanden. Es kann die Mora von der neuen Obligation ganz ausgeschloßen, sie kann aber auch in dieselbe mit hinüber genommen werden, und zwar in ihrem ganzen Umfange oder zu einem Theile. Ob das eine oder andere vorliegt, hängt von der Faßung der Stipulation und mit dieser vom Willen der Novirenden ab. Dies gilt für alle drei Novationsfälle in gleicher Weise: für die Ex-

promissio und Delegatio nicht minder, wie für die Novation im engeren Sinne. Denn überall wird die Novation durch Stipulatio herbeigeführt, die im einen Falle so gut, wie im anderen vom Willen der Novirenden ihre Faßung erhält. Es sind bis dahin bloß Zinsen und Früchte berücksichtigt; allein es liegt kein Grund vor, hinsichtlich der omnis causa eine andere Behandlung eintreten zu laßen. Wir können mithin den allgemeinen Satz aufstellen: so weit die Mora eine Obligationsvergrößerung erzeugt, so weit hängt es vom Willen der Novirenden ab, ob und in welchem Umfange sie dieselbe in die neue Obligation mit hinüber nehmen wollen.

Im heutigen Recht haben wir zwar keine Stipulation mit oportet und oportet oportebitve mehr, der Satz selber trifft aber auch für das heutige Recht zu. Eine Novation liegt heutzutage z. B. dann vor, wenn ein Gläubiger sich von einem Schuldner einen eignen Wechsel ausstellen läßt, und dagegen quitirt. Dies kann bei vorhandener Mora entweder so geschehen, daß die Mora gar nicht oder theilweise oder vollständig in den Wechsel mit hinüber genommen wird, nur daß dies beim Wechsel, der kein incertum kennt, gleich als certum berechnet werden muß. Man denke sich einen Schuldner, der 200 schuldig und am 1. Januar gemahnt ist. Dieser Schuldner stelle am 1. Juli einen Wechsel aus, zahlbar am 1. Januar kommenden Jahres. Will der Gläubiger diesem Schuldner die Verzugszinsen ganz schenken, so wird er mit einem Wechsel auf 200 zufrieden sein, will er ihm nur die künftigen Verzugszinsen erlaßen, so wird er einen Wechsel auf 205 verlangen, will er auch diese nicht einmal fahren laßen, so wird die Wechselsumme 210 austragen.

Was in einer Beziehung, soweit die Mora eine Obligationsvergrößerung zur Folge hat, richtig ist, sollte das nicht auch gelten, sofern die Mora für Zufall verantwortlich macht? — An sich scheint es doch bedenklich, für verschiedene Wirkungen der Mora zu verschiedenen Auffaßungen zu gelangen; ob aber die Quellenstellen damit im Einklange stehen, ist eine andere Frage. Hier ist immer schlechtweg behauptet, daß durch

Novation die Haftung für Zufall aufgehoben werde.[18]) Und legt man vollends das Princip des Marcell zu Grunde, daß Novation Oblation sei,[19]) so sieht man in der That nicht, wie hier eine Einheit zu erreichen. Denn die Oblation wirkt nie für die Vergangenheit, sondern nur für die Zukunft; sie wirkt ferner als einseitige Handlung des Schuldners zufolge directer gesetzlicher Bestimmung, ihre Wirkung läßt sich nicht auf einen Vertragswillen zurückführen. Anlangend die Wirkung der Novation auf die Mora des Schuldners, so weit diese eine Obligationsvergrößerung erzeugt, gelangten wir indes zu dem Ergebnisse, daß Novation die Folgen der Mora nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit aufzuheben im Stande sei, daß aber andererseits der Wille der Novirenden auch der sein könne, die Mora in vollem Umfange beizubehalten. Bei solcher Verschiedenheit scheint ein einheitliches Princip kaum möglich zu sein.

Wir müßen zunächst das Princip des Marcell fallen laßen. Novation ist keine Oblation; auch nicht gewissermaßen, wie Papinian und Ulpian meinten.[20]) — Dies nachzuweisen, darauf kann ich mich hier freilich noch nicht einlaßen, da ich das Marcell'sche Princip selber noch gar nicht dargelegt habe.[21]) — Dann wollen wir einmal lediglich die Fälle ins Auge faßen, welche in den Quellen entschieden sind. Es sind dies lauter Fälle, wo die geschuldete Sache schlechthin auf's neue wieder versprochen wurde. Daß hier der Schulder durch Novation von der Haftung für Zufall frei wurde, stimmt sehr gut mit unserem Principe von vorhin. Ließ sich z. B. ein Gläubiger auf's neue schlechthin fundum Cornelianum versprechen, so verzichtete er damit auf die Verzugsfrüchte. Wenn nun in den Quellen entschieden wird, daß ein Gläubiger, der sich von seinem in Mora befindlichen Schuldner schlechthin den

[18]) Fr. 8 pr. Nov. 46, 2. fr. 17 de cond. furt. 13, 1. fr. 29 §. 1 Verb. Obl. 45, 1. fr. 72 §. 2 Sol. 46, 3. —

[19]) Siehe oben Seite 32. —

[20]) Siehe oben Seite 33 ff. —

[21]) Siehe unten §. 8. —

Sclaven auf's neue versprechen läßt, damit diesen Schuldner von der Haftung für Zufall befreie, so harmoniren beide Entscheidungen vollständig. In beiden Fällen zeigt der Gläubiger durch die Art der Stipulation, welche er zur Novation wählt, daß sein Schuldner von der Mora frei sein solle.

Es bleibt noch übrig zu untersuchen, ob bei dieser Wirkung der Mora auch die beiden anderen Möglichkeiten vorkommen können, ob also die Haftung des Schuldners für Zufall für die Vergangenheit, wie für die Zukunft beibehalten werden kann. In ersterer Beziehung müßte die geschuldete Sache bereits untergegangen oder doch wenigstens schlechter geworden sein. Es stand nichts im Wege, nach Untergang der Sache, wenn der Schuldner für Zufall haftete, in der Art zu noviren, daß der Werth der untergegangenen Sache Gegenstand der neuen Obligation wurde.[22]) Und wenn die Sache nur schlechter geworden war, z. B. um 10, so ließ sich ja in die neue Stipulation ein „et decem" beifügen, also Spondesne mihi rem et decem dare.

Wie steht es schließlich um die Haftung für zukünftigen Zufall, läßt sich auch diese in die neue Obligation mit hinübernehmen? Die Hinübernahme eines Anspruches auf künftige Verzugszinsen, Verzugsfrüchte wurde durch eine Stipulation mit oportebit bewirkt; ob aber eine derartige Stipulation auch die Haftung für zukünftigen Zufall mit umfaßte, scheint mir mehr als zweifelhaft zu sein. Wir müßen hier auf die Frage zurückgehen: wie nach Römischem Rechte ein Stipulationsschuldner für zukünftigen Zufall verantwortlich gemacht wurde. Das Bedürfnis für eine solche Möglichkeit muß ein dringendes gewesen sein, da der Stipulationsschuldner als solcher nur in sehr geringem Grade zur Verantwortung gezogen werden konnte; er haftete z. B. nur für culpa in faciendo, und wenn er einen geschuldeten Sclaven etwa verhungern ließ, so konnte der Gläubiger ihm nichts anhaben.[23]) So dringend dies

[22]) Fr. 83 §. 7, fr. 91 §. 6. Verb. Obl. 45, 1.
[23]) Fr. 91 pr. Verb. Obl. 45, 1.

Bedürfnis aber auch gewesen sein mag — auf den ersten Augenblick hat es fast den Anschein, als ob es kein Mittel gegeben hätte, dasselbe zu befriedigen. Wenn wir heutzutage einen Schuldner für Zufall verantwortlich machen wollen, so treffen wir einfach eine dahin gehende Vereinbarung. Aber pacta nuda neben Stipulation erzeugten keine Klage. In späterer Zeit neigte man sich allerdings dahin, auch aus pacta, die einer Stipulation in continenti zugefügt waren, eine Klage zu geben,[24]) allein schwerlich wird dies in vollem Umfange der Fall gewesen sein, schwerlich wird dies von jedem pactum ohne Ausnahme gegolten haben. Und dann bleibt noch die frühere Zeit übrig, wo Pacten dieser Art ohne Ausnahme die Klagbarkeit versagt war. —

Zu diesem Zwecke diente den Römern die alternative Stipulation. Es kommen im Corpus Juris so häufig Beispiele von alternativen Obligationen vor, die darauf deuten, daß die alternative Obligation für die Römer ein sehr wichtiges Institut gewesen sein müße, während dieselbe für das heutige Recht doch von ziemlich untergeordneter Bedeutung ist. Der Grund dieser Erscheinung ist so eben angegeben. Der öconomische Zweck, dem die alternative Obligation bei den Römern hauptsächlich diente, wird heutzutage theils auf andere Weise erreicht, theils macht er sich auch gar nicht so häufig geltend. Wenn in Rom ein Stipulationsgläubiger seinen Schuldner für Zufall haften laßen wollte, so mußte er diesen eine alternative Verpflichtung eingehen laßen. War dann die eine Sache untergegangen, so blieb noch immer die andere, und diese andere konnte möglicherweise ein genus sein; wie denn überhaupt die alternative Obligation die Gelegenheit bot, die Haftung für Zufall in verschiedenster Nüancirung zu bewerkstelligen. — Wären bei uns, wie bei den Römern die Stipulation auf Sachen Anwendung fand, so auch Wechselversprechen in Beziehung auf Sachen zuläßig,

---

[24]) Fr. 40. R. C. 12, 1. Vgl. dazu Savigny System Band VI, S. 127 ff.

und ein Wechselgläubiger wollte seinen Wechselschuldner auf wechselmäßige Weise für Zufall verantwortlich machen, so könnte er dies gleichfalls nicht anders als durch einen alternativen Wechsel herbeiführen. —

Möglich war demnach eine Form, die den Stipulationsschuldner für künftigen Zufall haften ließ. Mit dieser Möglichkeit ist aber gleichzeitig bewiesen, daß ein Gläubiger, welcher mit seinem in Mora befindlichen Schuldner novirte, diesen auch für die Zukunft für Zufall verantwortlich machen konnte: er mußte dann mittels einer alternativen Stipulation noviren.[25])

Somit steht es denn hinsichtlich der Haftung für Zufall gerade so, wie mit der andern Wirkung, welche die Mora zur Folge hat, der Obligationsvergrößerung. Es kann der Gläubiger die Haftung für Zufall von der neuen Obligation ganz ausschließen, er kann aber auch die Haftung für vergangenen wie künftigen Zufall mit hinübernehmen. Es ergibt sich mithin als allgemeine, sämmtliche Wirkungen der Mora umfaßende, Regel: ob und in wie weit die Mora in die neue Obligation hinübergehen soll, hängt vom Willen der Novirenden ab.

III. Die Ansichten der neuern Schriftsteller.

Es sollen berücksichtigt werden:

1) Madai, Lehre von der Mora, Halle 1837, Seite 484 ff.

2) Wolff, Zur Lehre von der Mora, Göttingen 1841, Seite 508 ff.

3) Puchta, Pandekten §. 270.

4) Mommsen, die Lehre von der Mora, Braunschweig 1855, Seite 331 ff.

Sämmtliche Schriftsteller kommen darin überein, daß sie das Marcell'sche Princip bei Seite setzen. Das Princip, das sie statt dessen aufstellen, lautet: Novation hebt die Obligation

---

[25]) Vgl. fr. 32 Nov. 46, 2.

auf, wie nun jede Aufhebung der Obligation, so müße auch die Novation die Aufhebung der Mora zur Folge haben.

Dabei ist etwas wesentliches übersehen. Es ist richtig, daß die Novation die alte Obligation aufhebt, allein zwischen diesem Aufhebungsgrunde und anderen Aufhebungsgründen z. B. Zahlung ist doch ein gewaltiger Unterschied. In anderen Fällen wird der obligatorische Nexus überhaupt vernichtet; hier tritt an die Stelle der alten eine neue Verbindlichkeit. Die Frage ist gerade die: ob die Mora in die neue Obligation mit hinübergenommen werde.

Die Stellen, worauf sich die genannten Schriftsteller berufen, sind die oben[26]) angeführten; die Hauptstelle fr. 1 §. 13 Ut leg. 36, 3 ist von ihnen nicht berücksichtigt worden.

Bei dem neusten Schriftsteller will ich noch etwas verweilen.

Mommsen a. a. O. stellt folgenden Satz an die Spitze:

> „Die Novation hebt die frühere Obligation vollständig auf, und beendigt daher mit Nothwendigkeit zugleich die Mora, so daß für die Zukunft keine Folgen derselben mehr eintreten können."

Allein warum sollen denn nur für die Zukunft keine Wirkungen mehr eintreten können? Wenn wirklich durch Novation die Mora mit Nothwendigkeit beendigt würde, so müßten, meine ich, die Folgen derselben nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit wegfallen.

Freilich fährt Mommsen so fort:

> „Ja, wir müßen, da die frühere Obligation völlig aufgehoben wird, annehmen, daß auch die bereits eingetretenen Folgen der Mora wegfallen;" —

allein die dann folgende Beschränkung:

> „sofern nicht bei der Feststellung des Gegenstandes der neuen Obligation darauf Rücksicht genommen ist." —

verdirbt alles wieder. Wenn wirklich die Novation, weil sie die frühere Obligation vollständig aufhebt, zugleich mit Noth-

---

[26]) Siehe oben Anm. 18.

wendigkeit die Mora beendigen sollte, so kann die Mora weder für die Zukunft, noch für die Vergangenheit Wirkungen haben, und was mit Nothwendigkeit geschieht, daran kann durch den Willen der Parteien nichts geändert werden.

Mommsen entwickelt dann in einer Anmerkung[27]) seine Ansicht weiter. Er meint, wenn die neue Obligation nicht schlechthin bloß auf den ursprünglichen Gegenstand der früheren Obligation, z. B. die geschuldete Sache, sondern allgemein auf dasjenige gerichtet sei, was der Schuldner aus der früheren Obligation zu leisten hatte, z. B. quod ex causa condictionis dare facere oportet, so müßten die bereits eingetretenen Folgen der Mora von Bestand bleiben; denn um in diesem Fall den Gegenstand der neuen Obligation zu bestimmen, müße man untersuchen, was der Schuldner zur Zeit der Novation aus der früheren Obligation schuldete, und dazu gehöre auch dasjenige, was er in Folge seiner Mora schuldig war. Das ist alles ganz richtig. Aber weil dies richtig, ist das Mommsen'sche Princip verkehrt. Wenn es vom Willen der Novirenden abhängt, die bereits eingetretenen Wirkungen der Mora in die neue Obligation mit hinüberzunehmen, so ist es ja unrichtig, daß die Novation mit Nothwendigkeit die Mora aufhebe. Und wenn es zuläßig ist, daß die Novirenden bereits eingetretene Wirkungen der Mora bei Bestand laßen können, so können sie ja auch mit den zukünftigen Wirkungen der Mora in gleicher Weise zu Werke gehen. Mommsen erwähnt der Stipulationsform quod dare facere oportet. Was aber ein oportet für die Vergangenheit leistete, das leistete ein oportet oportebitve für Vergangenheit wie Zukunft.

Weiter bekämpft Mommsen in derselben Anmerkung Liebe. Man könne nicht mit Liebe[28]) annehmen, daß in dem gedachten Falle (dare facere oportet) eine Beendigung der Mora überhaupt nicht eintrete, vielmehr müße als Regel gelten, daß die

---

[27]) Mommsen a. a. O. Seite 331, Anm. 4.

[28]) Liebe die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840, Seite 286 ff.

strengere Haftung des Schuldners, wie sie eine Folge der Mora war, auch hier durch die Novation für die Zukunft aufgehoben werde.

Darnach soll es also nur als Regel gelten, daß die künftigen Wirkungen der Mora durch Novation aufgehoben werden, mithin nicht ausnahmslos. Wir sehen, Mommsen läßt sein Princip immer mehr im Stich. Nach dem ersten Anlauf, den er nimmt, muß man meinen, daß die Novation die Wirkungen der Mora nicht bloß für die Zukunft, sondern auch für die Vergangenheit mit Nothwendigkeit aufhebe. Dann folgt eine Einschränkung für die bereits eingetretenen Wirkungen der Mora, diese können die Novirenden mit in die neue Obligation hinübernehmen. Aber auch hinsichtlich der zukünftigen Wirkungen der Mora ist es der Anmerkung zufolge nur das Regelmäßige, wenn sie durch Novation aufgehoben werden. —

Dies eigne Schwanken Mommsens ist wol der sicherste Beweis, daß das Princip, welchem er nachgeht, nicht zu halten.

III. Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora.

A. Die Ansichten der Römischen Juristen.

1. Julian.

§. 4.

In der Einleitung wurde bemerkt, daß der Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora an sich ganz der nämliche sei, wie wenn keine Mora vorliege; es komme hier nur die Frage hinzu, wie es in diesem Falle mit der Mora werde.

Um für die Beantwortung dieser Frage eine Grundlage zu gewinnen, ward zunächst im vorigen Paragraphen versucht, darzulegen, wie sich die Mora bei unbedingter Novation gestalte. Es mußte jedoch die genauere Besprechung einzelner Stellen ausgesetzt bleiben, weil sie mit anderen von bedingter Novation handelnden in zu innigem Zusammenhange standen, als daß sie für sich betrachtet werden konnten. Aus eben diesem Grunde konnte im vorigen Paragraphen das Princip des Marcell nur angedeutet, und auch hinsichtlich des Verhaltens Papinian's und Ulpian's zum Marcell'schen Princip nicht schon alles beigebracht werden. So haben wir denn in dieser Beziehung noch etwas nachzuholen.

Die Römischen Juristen, die uns hier beschäftigen müßen, sind, in chronologischer Reihenfolge aufgeführt, diese: Julian, Marcell, Papinian, Venulejus, Ulpian. Zunächst vom ältesten, von Julian.

Die einzige Stelle, in der Julian über unsere Frage sich ausspricht, ist

fr. 56 §. 8 Verb. Obl. 45, 1. — Julianus libro LII Dig.

Si hominem, quem a Titio pure stipulatus fueram, Sejus mihi sub conditione promiserit, et is pendente conditione post moram Titii decesserit, confestim cum Titio agere potero, nec Sejus existente conditione obligetur; at si Titio acceptum fecissem, Sejus existente conditione obligari potest. Idcirco haec tam varie, quod homine mortuo desinit esse res, in quam Sejus obligaretur; acceptilatione interposita superest homo, quem Sejus promiserat.

Wenn Sejus mir einen Sclaven, den ich von Titius unbedingt stipulirt, unter einer Bedingung versprochen hat, und dieser während schwebender Bedingung nach der Mora des Titius gestorben ist, kann ich sofort gegen Titius klagen, und Sejus wird nicht obligirt, wenn auch die Bedingung sich erfüllt; wenn ich aber dem Titius acceptoferirt hätte, kann Sejus durch Existentwerden der Bedingung obligirt werden. Beide Fälle unterliegen deshalb einer so verschiedenen Beurtheilung, weil mit dem Tode des Sclaven die Sache, worauf Sejus obligirt sein würde, zu existiren aufhört; beim Dazwischentreten einer Acceptilation bleibt aber der Sclave übrig, den Sejus versprochen hatte.

Die Stelle handelt von bedingter Expromissio. Sejus hat den Sclaven, welchen Titius schuldete, und weswegen Titius in Mora war, unter einer Bedingung expromittirt. Während schwebender Bedingung ist der Sclave gestorben. Jetzt soll sofort gegen Titius geklagt werden können, Sejus hafte aber auf keinen Fall, auch nicht bei eintretender Bedingung. Hätte dagegen der Gläubiger dem Titius acceptoferirt, so würde Sejus bei eintretender Bedingung allerdings verpflichtet werden. Beide Fälle seien deshalb so verschieden zu beurthei-

len, weil im einen die Sache untergegangen, im andern aber noch vorhanden sei.

Die Wirkung der Mora, welche hier in Betracht kommt, ist Haftung für Zufall. Der Expromissor Sejus hat den Sclaven, welchen Titius schuldete, schlechthin versprochen. Er hat also die Mora des Titius nicht mitübernehmen wollen.[1] Wäre seine Expromissio eine unbedingte gewesen, so würde sie die Mora beendet haben. Nun ist aber seine Expromissio nur eine bedingte, wie wird es hier mit der Mora? —

Wäre der Sclave gestorben, nachdem sich die Bedingung entschieden, so würde die Entscheidung höchst einfach sein. Sejus wollte den Zufall nicht mit übernehmen. Wäre demnach die Bedingung für die Expromissio eingetreten, so würde Titius durch Novation liberirt worden sein, der Gläubiger hätte statt seiner einen neuen Schuldner erhalten, der nicht für Zufall haftete, Tod des Sclaven hätte unter diesen Umständen die Obligation aufgehoben. — Wäre dagegen die Bedingung für die Expromissio fehlgeschlagen, so würde es gerade so gut sein, als ob eine Expromissio nie beabsichtigt worden, der alte Schuldner Titius hätte sich nach wie vor in Mora befunden, und hätte demgemäß für den Zufall stehen müßen. Hierüber übrigens unten noch ausführlicher.[2]

Julian aber hat einen Fall vor Augen, wo der Sclave während schwebender Bedingung gestorben ist. Was den Expromissor anlangt, so entscheidet er sich dahin, daß dieser auf keinen Fall in Anspruch genommen werden könne, und das mit Recht. Denn sollte die Bedingung fehlschlagen, so würde er nicht haften, weil er für diesen Fall sich gar nicht verpflichten wollte; sollte sie aber eintreten, so würde er frei sein, weil er nicht für Zufall aufzukommen hatte. Jedoch soll nach der Meinung des Julian in diesem Falle sofort gegen den alten Schuldner geklagt werden können. In dieser Beziehung ist die Julian'sche Entscheidung bedenklich.

---

1) Siehe den vorigen §. —

2) Vgl. unten §. 8.

Ich sagte schon oben,[3] daß Julian zwar auf dem besten Wege gewesen sei, für die bedingte Expromissio das Javolen=sche Princip zur Durchführung zu bringen, daß er aber nicht ausgehalten, und gerade im Augenblicke der Entscheidung trotz bedingter Expromissio und trotz schwebender Bedingung sich die ursprüngliche Obligation als eine unbedingte gedacht habe.

Den Beleg für diese Behauptung bietet unsere Stelle.

Bedingte Expromissio verwandelt das ursprüngliche Schuld=verhältnis in ein umgekehrt=bedingtes. Hätte z. B. Sejus unter der Bedingung expromittirt, wenn Lucius in diesem Jahre Consul würde, so wäre Titius damit zu einem Schuld=ner unter der umgekehrten Bedingung geworden, wenn Lucius nicht Consul werden sollte. Daraus folgt, daß der Gläubiger während schwebender Bedingung auch gegen den alten Schuld=ner nicht klagen kann. Dem stimmt Julian vollständig bei, so lange die Sache noch vorhanden ist. Er sagt dies zwar nicht ausdrücklich: es geht dies aber daraus hervor, daß er nach dem Tode des Sclaven sofort eine Klage zulaßen will. Denn dies sofort erklärt sich nur unter der Voraussetzung, daß er bei Lebzeiten des Sclaven während schwebender Be=dingung eine Klage gegen Titius nicht für zuläßig gehalten hätte. Von dem Augenblicke aber an, wo die Sache unter=gegangen, ist der alte Schuldner wieder ein unbedingter, der sofort für Mora aufkommen muß.

Man sollte meinen: Untergang der Sache könne unmög=lich die Wirkung haben, daß dadurch ein bedingtes Schuld=verhältnis in ein unbedingtes verwandelt werde. War Titius vor dem Tode des Sclaven Schuldner unter der Bedingung, daß Lucius nicht Consul würde, so blieb er es auch nach dem Tode des Sclaven. Durch die bedingte Expromissio hatte einmal der Gläubiger das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt=bedingtes verwandelt, hiervon konnte ohne Zu=stimmung des Schuldners nicht wieder abgegangen werden, am allerwenigsten aber konnte Untergang der Sache eine der=

---

[3]) Siehe oben Seite 14. —

artige Aenderung bewirken. Es müßte auch hier trotz untergegangener Sache gewartet werden, ob Lucius Consul werde oder nicht, und nur wenn das letztere eintrat, konnte Titius in Anspruch genommen werden.

Es verhält sich also, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergeht gerade so, wie bei späterem Untergange, nur daß vorläufig noch gewartet werden muß, welche von beiden Bedingungen eintritt. Erfüllt sich die Bedingung der Expromissio, so trägt der Gläubiger den Schaden, weil der Expromissor nicht für Zufall haften wollte. Geht die umgekehrte Bedingung in Erfüllung, so ist es so gut, als ob niemals Expromissio beabsichtigt wurde, der alte Schuldner ist nach wie vor in Mora, trägt nach wie vor den Zufall.

So weiche ich denn in zweierlei Hinsicht von Julian ab: wenn während schwebender Bedingung die Sache untergeht, ist weder sofort noch unter allen Umständen gegen den alten Schuldner Klage zuläßig; es muß gewartet werden, und nur wenn die Bedingung der Expromissio fehlschlägt, haftet der alte Schuldner. —

Julian zieht eine Parallele zwischen diesem Falle und dem, wenn der Gläubiger dem alten Schuldner acceptoferirt. Im letztern Falle könne der Expromissor, wenn nachher die Bedingung sich erfülle, verpflichtet werden. Beide Fälle seien deshalb so verschieden zu beurtheilen, weil mit dem Tode des Sclaven der Gegenstand, auf den Sejus verpflichtet wurde, zu existiren aufhöre, während er bei einer Acceptilation noch vorhanden sei.

Diese Parallele gibt uns einen weiteren Schlüßel zur Julian'schen Entscheidung. Er denkt sich, wie wir sahen, die ursprüngliche Obligation zwar eine Zeit lang als umgekehrtbedingt, aber nur zu bald fällt er in den Fehler Labeo's [4]) zurück und behandelt sie wie eine unbedingte. Trotz bedingter Expromissio erscheint ihm die alte Obligation als eine unbedingte. Nun gab es eine Rechtsregel, daß eine bedingte

---

[4]) Siehe oben Seite 4 ff. —

Obligation aufgehoben werde, wenn während schwebender Bedingung die Sache untergehe, daß also dann auf die Erfüllung der Bedingung nichts mehr ankomme.[5]) Diese Rechtsregel wendet Julian hier an. Sie führt ihn zu dem Resultate, daß Sejus nach dem Tode des Sclaven auch bei sich erfüllender Bedingung nicht verpflichtet werden könne, daß er dagegen troß einer während schwebender Bedingung mit dem Titius eingegangenen Acceptilation beim Eintritt der Bedingung obligirt werde, weil hier ja die Sache noch vorhanden sei.

Zwei Factoren sind es demnach, auf denen die Entscheidung des Julian beruht: verkehrte Ansicht über den Einfluß der bedingten Expromissio und die oben erwähnte Rechtsregel. In einer Beziehung mußte ich Julian Recht geben, insofern er nämlich den Expromissor auf keinen Fall für Zufall einstehen laßen wollte. Aber mein Grund war ein anderer. Ich folgerte dies aus dem Willen der Novirenden, aus dem Umstande, daß der Expromissor den Zufall nicht mitübernehmen wollte, weil er nur die Sache schlechthin expromittirte, Julian kam zu diesem Resultate auf Grund der eben erwähnten Rechtsregel. Insoweit konnte ich indes wenigstens die Entscheidung Julian's gelten laßen. Aber in anderer Beziehung läßt sich auch nicht einmal die Entscheidung Julian's halten, denn es ist unrichtig, daß beim Untergange der Sache während schwebender Bedingung der alte Schuldner stets und sofort hafte.

Daß die Auffaßung Julian's von der bedingten Expromissio verkehrt sei, brauche ich hier wol nicht mehr weitläufig zu erörtern. Es ist unrichtig, wenn Labeo troß bedingter Novation das alte Schuldverhältnis als unbedingtes behandelte; indes ebensowenig macht, wie Julian meint, die ursprüngliche Obligatio bei bedingter Expromissio eine Metamorphose in der Weise durch, daß sie sich anfangs als bedingt gebärden, bald darauf jedoch als unbedingt erscheinen sollte.

---

[5]) Fr. 8 pr. de peric. 18, 6; fr. 10 §. 5 de J. D. 23, 3; fr. 14 pr. fr. 31 pr. de Nov. 46, 2. —

Durch bedingte Expromissio wird das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes verwandelt. Das ist logische Nothwendigkeit.

Aber auch den zweiten Factor der Julian'schen Entscheidung muß ich angreifen: ich kann die Rechtsregel nicht für richtig halten, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde. Ich habe in dieser Beziehung freilich nicht bloß Julian, sondern auch die Ansichten anderer Römischen Juristen gegen mich.[6] Allein es ist nicht nothwendig, daß die richtige Meinung schon stets einen Römischen Juristen zu ihrem Vertheidiger gefunden hätte, und dann werden wir unten bei Gelegenheit von fr. 31 pr. Nov.[7] auch noch sehen, wie schon Venulejus an dem zur Frage stehenden Satze rüttelte.

Was ich behauptet, werde ich zu beweisen haben.

Zunächst will ich einmal diese Rechtsregel auf unseren Fall unter Zugrundelegung der richtigen Auffaßung von der bedingten Expromissio zur Anwendung bringen. Wir haben es hier mit zwei bedingten Schuldverhältnissen zu thun: das alte Schuldverhältnis ist so gut ein bedingtes geworden, wie das neue. Beide Schuldverhältnisse unterscheiden sich indes dadurch, daß mit dem alten eine Haftung für Zufall verknüpft ist, während das neue sich hiervon verschont sieht. Der geschuldete Gegenstand ist während schwebender Bedingungen untergegangen. Mit der bedingten Expromissio ist es, unserer Rechtsregel zufolge, mithin vorbei, denn bedingte Obligation wird durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben. Was aber vom neuen Schuldverhältnisse gilt, muß in gleicher Weise für das alte zutreffen, denn auch das alte ist gerade so gut ein bedingtes. Also nicht bloß der Expromissor, auch der ursprüngliche Schuldner wird frei. Wir gelangen demnach bei weitem nicht zu dem Resultat, welches

[6]) Nämlich von Paulus, Ulpian, Marcell. Siehe die in der vorigen Anmerkung angeführten Stellen.

[7]) Siehe unten §. 7. —

Julian findet, sondern zu der Absurdität, daß auf alle Fälle beide frei werden, auch der ursprüngliche Schuldner trotz seiner Mora.

Setzen wir obige Rechtsregel bei Seite, so wird das Ergebnis ein sehr vernünftiges. Durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung wird keineswegs eine bedingte Obligation aufgehoben. In unserem Falle steht daher nach dem Tode des Sclaven die Sache so. Es muß gewartet werden, welche von beiden Bedingungen eintritt. Erfüllt sich die positive, so wird es so angesehen, als ob schon im Augenblicke des Abschlußes der bedingten Expromissio die alte Obligation novirt wäre, da aber der Expromissor den Zufall nicht mit übernehmen wollte, so ist die neue Obligation mittlerweile bereits wieder untergegangen. Erfüllt sich dagegen die umgekehrte Bedingung, so ist es so gut, als ob Expromissio nie beabsichtigt wäre, der alte Schuldner ist nach wie vor in Mora und muß für den Zufall aufkommen. Julian hat sich hier vor einer Absurdität in der Weise gerettet, daß er das Javolen'sche Princip fallen ließ. Mit einem derartigen Rettungsversuche kann uns aber wenig gedient sein. Auch ist Julian wieder nach der anderen Seite zu weit gegangen, indem er den alten Schuldner auf alle Fälle will haften laßen.

Die Consequenz ist der Prüfstein des Princips. Haben wir eine absurde Consequenz aufgefunden, so ist damit schon der Anfang gemacht, das Princip selber zu untergraben. In dieser Lage befinden wir uns jetzt unserer Rechtsregel gegenüber; wir müßen aber diesen Vortheil noch weiter verfolgen.

Das Römische Recht stellt als Regel den Satz auf, daß eine Bedingung, die sich erfülle, zurückbezogen werde.[8]) Ich wenigstens halte an diesem Satze als Regel fest, obwol derselbe neuerdings von Windscheid[9]) angefochten worden; sehe aber auch keinen Grund ein, warum diese Regel nicht zur

[8]) Fr. 8 R. C. 12, 1; fr. 8 pr. de peric. 18, 6; fr. 11 §. 1 qui potiores 20, 4; fr. 15 de reb. dub. 34, 5; fr. 16 Sol. 46, 3. —

[9]) Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung. Basel 1851.

Anwendung kommen soll, wenn der geschuldete Gegenstand während schwebender Bedingung untergegangen.

Die Rechtsregel, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde, hat nur sofern etwas specifisches, als der Schuldner für Zufall haftet. Denn wo eine derartige Haftung nicht vorliegt, wird der Schuldner schon vermöge der allgemeineren Rechtsregel frei, wonach zufälliger Untergang der Sache die Obligation auflöst. Nur daß, je nachdem man dieser oder jener Meinung, die Anschauung eine verschiedene ist. Denn wer dafür hält, daß eine Bedingung troß Unterganges der Sache zurückbezogen werden könne, dessen Vorstellung ist, daß bei Eintritt der Bedingung es angesehen werden müße, als ob die Obligation im Augenblicke der Abschließung eine unbedingte gewesen, die aber mittlerweile durch zufälligen Untergang bereits wieder aufgehoben sei. Wer dagegen auf Seiten der Römischen Juristen steht, muß im Augenblicke, wo die Sache untergeht, die Bedingung für deficirt halten. So weit führen beide Auffaßungen practisch zu keinem verschiedenen Resultat: die zur Frage stehende Rechtsregel wird nur insofern von Bedeutung, als der Schuldner für Zufall haftet. Dies kann bei einseitigen und zweiseitigen Obligationen vorkommen. Bei zweiseitigen z. B. dem Kaufe haftet der Käufer insofern für Zufall, als er troß Unterganges der verkauften Sache den Kaufpreis zahlen muß.[10])

[10]) Vgl. §. 3 J. de emt. et vend. 3, 23; fr. 34 §. 6 de contr. emt. 18, 1; fr. 5 §. 2 de resc. vend. 18, 5; fr. 8 pr. de per. et comm. 18, 6; fr. 15 de J. D. 23, 3; C. 4, 5, 6, C. de per. et comm. 4, 48. — So ganz fest ist übrigens dieser Saß im Corpus Juris nicht begründet. Denn mit den eben angeführten Stellen stehen nicht bloß scheinbar, sondern ganz entschieden in Widerspruch fr. 33 Loc. 19, 2; und fr. 12, 14 de per. et comm. 18, 6. Dazu kommt, daß die Rechtsregel im höchsten Grade unnatürlich. Wenn ich mir eine Sache kaufe, wie kann mir zugemuthet werden, daß ich für Zufall hafte, ehe ich die Sache habe, ehe ich sie also hüten, oder mich um dieselbe kümmern kann! Aus unnatürlichen Vordersäßen ergeben sich unnatürliche Consequenzen. Dies trifft auch hier zu. Wenn jemand an zwei verkauft

Faßen wir zunächst die einseitige Obligation ins Auge. Es ist kein Grund einzusehen, warum, wenn der Schuldner für Zufall haftet, bei einer bedingten einseitigen Obligation zufälliger Untergang während schwebender Bedingung den Schuldner auf jeden Fall freimachen soll. Denn eben weil der Schuldner für Zufall haftet, ist ja Gegenstand der Obligation nicht bloß die Sache, wie sie im Augenblick des Abschlusses der Obligation vorhanden war, sondern gleichzeitig das für den Fall des Unterganges vom Schuldner zu leistende Aequivalent.

Wenn nun während schwebender Bedingung die Sache untergeht, so ist damit noch nicht der Gegenstand der Obligation hinweggefallen, es tritt jetzt das Aequivalent an die Stelle der Sache. Dies ist offenbar von den Römischen Juristen übersehen worden: sie haben allen Ernstes die körperlich greifbare Sache mit dem Gegenstande der Obligation verwechselt.—

Aehnlich steht es mit dem zweiseitigen Kaufe. Für den Kauf ist im Corpus Juris oder richtiger in einzelnen Stellen des Corpus Juris (siehe Anm. 10) der Satz aufgestellt, daß der Käufer den Zufall trage. Zufälliger Untergang sollte also wirklicher Leistung der verkauften Sache gleichstehen. Damit war ausgesprochen, daß die Leistung des Käufers nicht bloß, so lange die verkaufte Sache noch vor-

---

hat und die Sache geht unter, so gewinnt er den doppelten Kaufpreis. Um diese Consequenz, so haarsträubend sie ist, kommt man gar nicht hinweg auch trotz Ihering (Beiträge zur Lehre von der Gefahr beim Kaufcontract. Jahrbücher von Ihering und Gerber Band III S. 449 ff. — Vgl. auch Buchka und Budda Entscheidungen des Großh. Mecklenburgischen Oberappellationsgerichts zu Rostock, Wismar und Ludwigslust 1859. Band III Ste 126 ff.) nicht. Man muß das Uebel an der Wurzel faßen, und den Vordersatz selber angreifen. Dies könnte in der Weise geschehen, daß man statt wie bisher die zuerst genannten, so jetzt die zuletzt genannten Stellen in den Vordergrund stellte. Denn wenn die Praxis sich in Zukunft an fr. 33 Loc. und fr. 12, 14 de per. et comm. halten wollte, so wäre dagegen in der That nichts einzuwenden. Auf Majorität wie zu Zeiten Valentinian III. kann es doch wahrlich nicht ankommen.

handen, sondern auch nach deren Untergang noch zu beschaffen sei. Es hing also die Leistung des Käufers nicht vom Vorhandensein der verkauften Sache ab. Wenn nun ein bedingter Kauf abgeschloßen war, warum sollte es hier anders sein? Warum sollte hier mit einem Male die Verpflichtung des Käufers in ein solches Abhängigkeitsverhältnis zur Sache treten? Hätte man hier nicht, wenn man sich consequent bleiben wollte, eben so gut sagen müßen, daß zufälliger Untergang der verkauften Sache wirklicher Leistung gleichstehe, und daß, wenn der Zufall während schwebender Bedingung eintrat, noch abzuwarten sei, wie die Bedingung ausfalle? Gleichwol schlugen die Römischen Juristen einen anderen Weg ein. Sie setzten sich drüber hinweg, daß die Verpflichtung des Käufers nicht an das Vorhandensein einer Sache gebunden sei, und wollten hier mit einem Male eine Rückziehung der Bedingung ohne Vorhandensein einer Sache im Augenblick der erfüllten Bedingung nicht gestatten.[11]) Dabei kamen sie dann weiter zu der Absurdität, daß die Sache im unversehrten Zustand kein Erforderniß, vielmehr auch eine deteriorirte Sache genügend sei, um bei eintretender Bedingung den Käufer zur Zahlung des vollen Kaufpreises zu verpflichten.[12]) Der Kaufpreis betrage 100; ist die Sache ganz untergegangen, so geht der Käufer frei aus, gingen aber 99 Procent unter, so muß er volle 100 zahlen!!

---

[11]) Fr. 8 pr. de per & comm. 18, 6; fr. 10 §. 5 de J. D. 23, 3. —

[12]) D. fr. 8 pr. de per. & comm. 18, 6. — Die Stelle ist übrigens corrupt. Ich möchte so lesen: Quodsi pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore. [Quodsi pendente conditione res extincta sit.] et quod pretii solutum est, repetetur, u. s. w. Die eingeklammerten Worte fielen wegen des Gleichklanges mit den vorhergehenden aus. — Windscheid a. a. O. Seite 8 ergänzt: „et (si exstincta fuerit), quod pretii u. s. w.;" Haloander: „venditoris sunt, si pendente conditione res fuerit exstincta; perimitur enim emtio sicut..."; die Vulgata: „venditoris sunt: Plane si pendente conditione res interiebit, perimitur emtio sicuti..." siehe Windscheid a. a. O. Seite 8. —

Schon Götting[13]) bekämpfte den Satz, daß beim bedingten Kauf der Käufer zwar das periculum deteriorationis, nicht aber das periculum interitus trage, theils weil derselbe logisch unrichtig, theils auch weil er in den Quellen und namentlich in d. fr. 8 pr. de per. et com. nicht enthalten sei. Der letztere Grund ist unrichtig, insofern hat aber Götting Recht, als dieser Satz aller Logik Hohn spricht.

Die Rechtsregel, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde, läßt sich demnach nicht halten. Die Lehre von den Bedingungen ist keineswegs eine leichte Materie. Ich will auch gerne zugeben, daß die Römischen Juristen um Ausbildung dieser Lehre sich große Verdienste erworben haben: zum Abschluß haben sie dieselbe aber keineswegs gebracht. Die Stellung, welche die Römischen Juristen zur Rechtswißenschaft einnehmen, ist überhaupt nicht die, daß sie dieselbe zur höchsten Vollendung gebracht hätten, so daß uns Epigonen nur das bescheidene Loos geblieben wäre, das nachzubeten, was jene schon vor uns sagten: die Römischen Juristen haben noch sehr viel zu thun übrig gelaßen, und weit entfernt uns auf bloßes Nachbeten zu beschränken, muß unsere Aufgabe vielmehr die sein, da fortzufahren, wo die Römischen Juristen stehen blieben. Die Römischen Juristen waren allerdings der Ansicht, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde; das ist aber Unsinn, an den wir uns weiter nicht zu kehren haben.

Ich will bei dieser Gelegenheit noch auf eine Parallele aufmerksam machen. Noch in späterer Zeit machte der Satz, daß Tod einer der Contrahenten während schwebender Bedingung nichts schade, zu reden und wurde auf verschiedene Weise begründet.[14]) Der Umstand, daß man dies nicht als selbst-

---

[13]) Ueber das Wesen der Suspensivbedingung. Gießer Zeitschrift Neue Folge Band I Ste 298 ff.

[14]) Julian fr. 57 V. O. vba: — — quamvis pendente conditione promissor moriatur, relinquet heredem obligatum. — Pomp. fr. 24 Nov. vba: — — hic enim morte promissoris non extinguitur sti-

verständlich hinnahm, und sorgfältig begründen zu müßen glaubte, läßt vermuthen, daß in dieser Beziehung einmal eine andere Meinung bestanden habe. Und was muß man nicht alles für möglich halten, wenn man bedenkt, wie roh noch die Auffaßungen des Labeo und Sulpicius von den Bedingungen waren.[15]) Dann hätte nicht bloß Untergang der Sache, sondern auch Tod einer der Contrahenten einen Aufhebungsgrund für bedingte Obligationen abgegeben. Beide Auffaßungsgründe haben sehr viel Aehnlichkeit mit einander. In einem Falle ist nicht bedacht, daß die Obligation auch nach dem Tode der Contrahenten noch fortdauere, im andern Falle ist außer Auge gelaßen, daß, wo der Schuldner für Zufall haftet, die Obligation nach Untergang der Sache noch fortbesteht. Die eine Rohheit, wonach die Obligationen vom Fortleben der Contrahenten abhängig gemacht wurden, ist bereits von den Römischen Juristen überwunden, die andere Rohheit, wonach die Obligation vom Fortbestehenbleiben der Sache abhängig sein soll, auszumerzen, ist eine Arbeit, die sie uns noch übrig gelaßen haben.

Die Rechtsregel, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde, führt für die bedingte Novation zu dem Satze, daß aus der Novation nichts werden könne, wenn die Sache während schwebender Bedingung zu existiren aufhöre, ein Resultat, zu dem außer Julian auch Ulpian und Marcell in fr. 14 pr. Nov. 46, 2 gekommen sind, das aber schon Venulejus in fr. 31 pr. Nov. nicht mehr gelten laßen wollte.[16]) Es sei mir gestattet, diesen speciellen Fall der bedingten Novation noch einmal besonders in's Auge zu faßen,

---

pulatio, sed transit ad heredem, cujus personam interim hereditas sustinet. — Paul. fr. 8 pr. de per. et com. 18, 6, vba: — — Quodsi pendente conditione emtor vel venditor decesserit, constat, si extiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emtione in praeteritum.

[15]) Siehe oben Seite 16 ff. —

[16]) Vgl. oben Anm. 7. —

und ein paar Consequenzen zu ziehen. Wenn bedingte Novation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung unmöglich wird, so muß ja auch die Eingehung einer bedingten Novation dann unzuläßig sein, wenn bereits zu dieser Zeit die Sache nicht mehr existirte. Man gelangt also zu dem Satz: Erforderniß einer bedingten Novation ist eine wirklich vorhandene Sache, Vorhandensein einer Obligation würde demnach nicht genügen. Und was in dieser Beziehung Voraussetzung der bedingten Novation, sollte das nicht auch für die unbedingte Novation gelten müßen? Nun steht aber gerade umgekehrt das Gegentheil fest. [17])

Somit kann denn die Ansicht Julian's als widerlegt betrachtet werden. Ihre Erklärung fand seine Entscheidung einerseits in dem Umstande, daß er die ursprüngliche Obligatio bei bedingter Expromissio nur halbwegs als umgekehrt-bedingt behandelte, andererseits in der Rechtsregel, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde. Die Rechtsregel erwies sich als verkehrt, und ebenso steht es mit Julian's Auffaßung von der bedingten Novation. Seine Entscheidung war die, daß bei Untergang der Sache während schwebender Bedingung sofort gegen den ursprünglichen Schuldner geklagt werden könne. Auch das war unrichtig; es muß vielmehr gewartet werden, und nur wenn die Bedingung der Expromissio fehlschlägt, haftet der alte Schuldner.

Jetzt müßen wir noch einmal zu unserer Stelle zurückkehren. Ich nahm bis dahin stillschweigend an, daß sie sich auf Novation beziehe, obwol dies nirgends ausdrücklich gesagt ist. Für diese Annahme spricht einmal, daß man zu Zeiten der Römischen Juristen zum Noviren sehr hinneigte; dann ist aber folgender Umstand ganz entscheidend. Wäre die Vorstellung Julian's die gewesen, daß Sejus nur neben dem Titius sich unter einer Bedingung verpflichtet hätte, so hätte eine derartige zur ursprünglichen Obligation hinzutretende

---

[17]) Vgl. fr. 83 §. 7. V. O. 45, 1. —

bedingte Obligation den Gläubiger zu keiner Zeit gehindert, gegen den alten Schuldner Titius klagbar zu werden, er hätte ihn so gut vor dem Tode wie nach dem Tode des Sclaven verklagen können. Da nun aber Julian nur dann sofortige Klage wider den Titius für zuläßig hält (confestim cum Titio agere potero), nachdem der Sclave gestorben, also, so lange der Sclave lebt, die ursprüngliche Obligation so gut wie die hinzugekommene als eine bedingte behandelt, muß er doch wol der Ansicht gewesen sein, daß Sejus in novirender Absicht versprochen habe.

Man muß nicht am Ausdrucke promiserit Anstoß nehmen, während es sich hier um einen Novationsfall handelt, den wir mit Expromissio zu bezeichnen pflegen. Die Römer gebrauchen beide Ausdrücke promiscue. Sie sagen zwar auch expromittere, wo ein neuer Schuldner eintritt,[18]) es kommt aber gleichfalls das einfache promittere hierfür öfter vor.[19]) Umgekehrt ist auch expromittere gebräuchlich bei einer Novation unter denselben Contrahenten.[20])

Was den Fall mit der Acceptilation anbetrifft, so ist derselbe von Julian richtig entschieden. Wenn der Gläubiger auch dem Titius während schwebender Bedingung acceptoferirt hat, so haftet darum doch noch Sejus bei eintretender Bedingung. Der Grund ist nur nicht der, weil hier noch eine Sache vorhanden sei, sondern folgender. Durch bedingte Expromissio wird das ursprüngliche Schuldverhältnis gleichfalls ein bedingtes. Acceptilation einer bedingten Schuld kann aber auch nur bedingt gemeint sein.[21]) Acceptoferirte demnach der Gläubiger dem Titius, so war dies offenbar nur für den Fall zu verstehen, wenn die Bedingung für Expromissio fehlschlug, also die Bedingung für die Obligation des Titius eintrat.

---

[18]) fr. 4 §. 3 de re jud. 42, 1; fr. 10 de pign. act. 13. 7; fr. 53 de contr. emt. 18, 1 u. a. m.

[19]) Fr. 45 §. 2 Mand. 17, 1; fr. 24 pr. ad S. C. Vell. 16, 1. —

[20]) Fr. ult. ad S. C. Mac. 14, 6; fr. 19 §. 4 Don. 39, 5; fr. 14 de exc. 44, 1; fr. 37 §. 4 de op. lib. 38, 1. —

[21]) Fr. 12. fr. 21 de Acc. 46, 4. —

Erfüllte sich nun die Bedingung der Expromissio, so kam es gar nicht zur Acceptilation, weil die ursprüngliche Obligation durch Novation aufgehoben wurde. Sejus konnte sich aber unmöglich auf Acceptilation berufen, da mit ihm ein derartiges Rechtsgeschäft weder abgeschloßen, noch abzuschließen beabsichtigt war.

Beide Fälle haben übrigens weniger Verwandtschaft mit einander, als Julian anzunehmen scheint, denn da die Acceptilation gleichwie die ursprüngliche Obligatio umgekehrt-bedingt ist, so läßt sie die bedingte Expromissio vollständig unberührt. Freilich — bei Julian ist die Javolen'sche Auffaßung nicht vollständig zum Durchbruch gekommen, ihm erscheint das ursprüngliche Schuldverhältnis trotz bedingter Expromissio noch immer halbwegs wie ein unbedingtes, und so mag er auch wol geglaubt haben, daß Acceptilation zwischen Titius und dem Gläubiger das alte Schuldverhältnis sofort vernichte. Auf diese Weise begreift sich die Parallele erst vollständig. Im einen Falle geht, während die Bedingung der Expromissio schwebt, die Sache unter, im anderen Falle die ursprüngliche Obligation. Kann aber aus einer bedingten Novation nichts werden, wenn der Gegenstand der Obligation während schwebender Bedingung untergeht, so möchte man meinen, kann eine solche um so weniger eintreten, wenn gar die ursprüngliche Obligation selber sich mittlerweile aus dem Staube macht, denn nicht zwar eine Sache, wol aber eine Obligation ist Voraussetzung einer jeden Novation. Es ist möglich, daß derartige Bedenken bei Julian aufstiegen, er ist aber ein viel zu concreter Denker, als daß ihm solche Bedenken hätten Schwierigkeiten bereiten können. Wo bloß acceptoferirt wird, ist ja noch eine Sache vorhanden, und weil eine Sache vorhanden ist, also muß Sejus zahlen!

Zum Schluße ist noch eine abweichende Erklärung Windscheid's zu berücksichtigen. Windscheid [22]) meint, unsere Stelle

---

[22]) Windscheid in seiner Recension von Mommsen's Mora Heidelberger Kritische Zeitschrift Band III Seite 277. —

handle gar nicht von einem Falle, wo bei Eingehung der Novation schon Mora vorliege, sondern von einer **nach** der bedingten Novation eintretenden mora. Allein wenn nicht bereits vor der Expromissio Mora vorhanden gewesen wäre, nachher konnte sie nicht mehr begründet werden. Denn wegen der bedingten Expromissio wird ja auch das ursprüngliche Schuldverhältnis ein bedingtes; die allererste Voraussetzung für das Entstehen einer Mora ist aber eine unbedingte Obligation.[23])

2. Das Princip des Marcellus.

§. 5.

Wir haben um das Princip des Marcell zu ermitteln, nicht bloß die Stellen zu berücksichtigen, wo dieser Jurist vom Einfluße der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora handelt, sondern auch die Stellen mit ins Auge zu faßen, wo von unbedingter Novation die Rede ist.[1])

Es kommen folgende Stellen in Betracht:

fr. 14 pr. Nov. 46, 2. —
fr. 72 §. 1, 2, 3, Sol. 46, 3. —
fr. 29 §. 1 V. O. 45, 1. —

Zunächst von

fr. 14 pr. Nov. 46, 2. — Ulpianus libro VII Disputationum. —

Quoties quod pure debetur, novandi causa sub conditione promittitur, non statim fit novatio, sed tunc demum,

Wenn das, was unbedingt geschuldet, in novirender Absicht bedingt versprochen wird, tritt nicht sofort, sondern erst

[23]) Vgl. oben Text bei Anm. 2 und unten §. 8. —
[1]) Siehe oben §. 4 i. A.

quum conditio extiterit. Et ideo si forte Stichus fuerit in obligatione, et pendente conditione decesserit, nec novatio continget, quia non subest res eo tempore, quo conditio impletur. Unde Marcellus, etsi post moram Stichus in conditionalem obligationem deductus sit, purgari moram, nec in sequentem deduci obligationem putat.

dann Novation ein, wenn die Bedingung existent geworden. War daher Stichus Gegenstand der Obligation, und ist dieser während schwebender Bedingung gestorben, so wird auch keine Novation stattfinden, weil zu der Zeit, wo die Bedingung in Erfüllung geht, kein Gegenstand mehr vorhanden ist. Deshalb meint Marcell, auch wenn nach begründeter Mora Stichus in eine bedingte Obligation deducirt worden, werde die Mora purgirt, und nicht in die neue Obligation mit hinübergenommen.

Die Stelle bezieht sich wol auf den Fall einer Novation im engeren Sinne, da die Römischen Juristen, wenn sie von Novation schlechthin sprechen, diesen Novationsfall vor Augen zu haben pflegen. Will man aber dieser Annahme nicht beitreten, so bliebe nichts anders übrig, als die Stelle allgemein von jeder Novation zu verstehen. Auf jeden Fall thun wir ihr also mit unserer Annahme kein Unrecht. —

Im Eingange spricht Ulpian aus, daß ein bedingtes in novirender Absicht gegebenes Versprechen erst dann Novation zur Folge habe, wenn die Bedingung eingetreten. Daraus zieht er den Schluß, wenn ein Sclave Gegenstand der Obligation gewesen und während schwebender Bedingung gestorben sein sollte, daß dann auch keine Novation stattfinden werde, weil zu der Zeit, wo die Bedingung sich erfüllt, kein Gegenstand vorhanden ist.

Es handelt sich hier um eine bedingte Novation im engeren Sinne. Eine solche macht der richtigen Ansicht zufolge das Schuldverhältnis nur zu einem unbestimmt-betagten.[2])

[2]) Siehe oben Ste 19 ff. —

Wenn Ulpian gleichwol die Grundsätze über Bedingungen anwenden will, so zählt er zu jenen plerique, von denen Paulus in fr. 60 §. 1 de cond. ind. 12, 6 spricht, und unter die wir ihn bereits registrirt haben.[3])

Der Satz, den Ulpian aus der Lehre von den Bedingungen anzieht, ist freilich verkehrt, wie im vorigen Paragraphen sattsam dargethan worden.

Trotz verkehrter Auffaßung der bedingten Novation und trotz Anwendung eines verkehrten Satzes aus der Lehre von den Bedingungen ist jedoch die Entscheidung Ulpian's vollkommen richtig. Die richtige Begründung ist aber diese. Durch bedingte Novation im engeren Sinne wird das Schuldverhältnis ein unbestimmt-betagtes; zufälliger Untergang der Sache hebt die Obligation auf; dies gilt auch für betagte Obligationen.

Der Schlußsatz unserer Stelle zeigt, daß die Entscheidung mit der Begründung, welche Ulpian vorträgt, bereits von Marcell entlehnt war, denn Marcell hatte auf diese Gründe schon eine weitere Folgerung gebaut, und gerade diese Marcell-sche Folgerung ist es, welche uns hier zumeist interessirt.

Weil übrigens die Entscheidung und die Gründe, welche Ulpian im Eingange unserer Stelle vorträgt, bereits von Marcell herrühren müßen, so gehört auch Marcell zu den plerique, deren Paulus in fr. 60 §. 1 de cond. indeb. gedenkt.[4])

Der Schlußsatz lautet:

> „Deshalb, meint Marcell, auch wenn nach begründeter Mora Stichus in eine bedingte Obligation deducirt worden, werde die Mora purgirt, und nicht in die neue Obligation mit hinübergenommen."

Die Entscheidungsgründe für den ersten Fall waren, daß auf bedingte Novation im engeren Sinne die Grundsätze von den Bedingungen Anwendung leiden, und daß eine bedingte Novation durch Untergang der Sache während schwebender

---

[3]) Siehe oben Ste 14 und 15. —

[4]) Siehe oben Ste 14 und 15. —

Bedingung unmöglich werde. Diese Sätze auf einen Fall angewandt, wo der Schuldner wegen Mora für Zufall haftet, führen allerdings consequent zu dem Resultate, daß durch bedingte Novation die Mora aufgehoben werde. Denn wenn zufälliger Untergang der Sache während schwebender Bedingung eine bedingte Novation unmöglich macht, so muß dies auch für den Fall richtig sein, wo der Schuldner wegen Mora für Zufall haftet. Wenn nun ein solcher Schuldner durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung frei wird, so kann er auch dann nicht für Zufall verantwortlich gemacht werden, wenn der Untergang nach eingetretener Novation erfolgte. Denn ein Schuldner, der einmal von Mora frei ist, geräth nicht wieder von selber in Mora. „Nec in sequentem deduci obligationem (moram)“ ist demnach eine ganz richtige Folgerung. Es ist aber noch mehr richtig, es ist auch richtig gefolgert, daß die Mora überhaupt aufgehoben werde „purgari moram“. Denn wenn einmal die Grundsätze über Bedingungen auf die neue Obligation Anwendung finden sollten, so mußten sie auch für die alte Obligation, die dann als umgekehrt-bedingte dastand, zutreffend sein. Es mußte auch mit Beziehung auf die alte Obligation der Schuldner während schwebender Bedingung von der Haftung für Zufall frei werden, konnte mithin auch hier nicht für Zufall verantwortlich sein, wenn die umgekehrte Bedingtheit wieder aufhörte, weil eine einmal aufgehobene Mora nicht wieder von selber eintritt.

Die im Schlußsatz enthaltene Folgerung Marcell's ist demnach mathematisch richtig. Aus dem Vordersatze folgt, daß durch bedingte Novation die Mora aufgehoben werde. Dabei wird vorausgesetzt, daß Marcell nur eine Wirkung der Mora, Haftung für Zufall, berücksichtigte. Abgesehen davon, daß im ersteren Theile der Stelle von zufälligem Untergange (Sterben des Sclaven) die Rede ist, ergibt sich dies schon daraus, daß alte wie neue Obligation aller Wahrscheinlichkeit nach eine stipulatio auf res certa waren, und daß bei stipulatio auf res certa die einzige Wirkung der Mora

die war, daß sie den Schuldner für Zufall verantwortlich machte.[5])

Marcell verfährt consequenter, als Julian in fr. 56 §. 8 de V. O. 45, 1. Dieser nahm zwar an, daß durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung die bedingte Verpflichtung des Expromissor aufgehoben werde, er urtheilte aber, wie wir sahen,[6]) anders hinsichtlich der ursprünglichen Obligation, die doch gleichfalls eine bedingte geworden war. Marcell zieht auch die andere Consequenz, welche Julian versagte: er läßt die Mora so gut für die eine wie die andere Obligation aufhören.

Mag aber die Folgerung Marcell's so consequent sein, wie sie will, er folgerte auf Grundlage verkehrter Vordersätze: es ist daher immer noch zu untersuchen, ob seine Entscheidung auch richtig sei. Diese Untersuchung wollen wir uns indes vorläufig noch aufsparen.[7])

Auch fragt sich noch, ob schon Marcell sich darüber vollständig klar wurde, daß, wenn er bei bedingter Novation im engern Sinne für die neue Obligation die Grundsätze über Bedingungen zur Anwendung brachte, auch die alte Obligation als eine umgekehrt-bedingte zu behandeln sei, daß also die Mora hinsichtlich der alten Obligation aus demselben Grund aufhöre, weshalb sie nicht in die neue Obligation deducirt wurde; oder ob ihm die Consequenz, daß die Mora überhaupt erlösche, mehr blindlings zufiel. Wenigstens werden wir sofort bei der folgenden Stelle sehen, daß bei ihm der Zweifel aufstieg, ob nicht, da es mit der Novation vorbei sei, noch aus der alten Obligation geklagt werden könne.

Purgari moram sagt Marcell.

Vor Marcell war noch kein Römischer Jurist auf den Einfall gerathen, daß auch durch bedingte Novation die Mora

---

5) Denn daß die Mora hier keinen Anspruch auf Früchte erzeugte, sagt ausdrücklich fr. 38 §. 7 Us. 22, 1. Darin liegt aber zugleich der Anspruch auf jegliche Vermehrung der Obligation ausgeschloßen.

6) Siehe oben §. 4.

7) Vgl. unten §. 8.

aufgehoben werden könne. Julian hat zwar schon in fr. 56 §. 8 de V. O. einen hier einschlagenden Fall besprochen, allein dieser Jurist ließ trotz bedingter Expromissio die Mora der alten Obligation bestehen. Marcell war der erste, der zu dem Satze gelangte, daß auch durch bedingte Novation die Mora aufgehoben werde. Er bedient sich bei dieser Veranlaßung des Ausdruckes purgari moram. Wir sahen schon bei einer andern Gelegenheit,[8]) daß der Ausdruck purgare moram nur dreimal im Corpus Juris vorkomme, außer in unserer Stelle noch in fr. 8 pr. Nov. 46, 2 und fr. 73 §. 2 V. O. 45, 1, daß er in diesen beiden Stellen gleichbedeutend sei mit offerendo purgare moram, auch daß Oblation und Novation die beiden einzigen Aufhebungsgründe seien, welche im Corpus Juris sich vorfinden. Hält man hiermit zusammen, daß Marcell der erste war, welcher der bedingten Novation Mora aufhebende Wirkung beilegte, so ergibt sich zunächst, daß vor Marcell purgare moram mit offerendo purgare moram identisch sein mußte. Wenn nun Marcell sich desselben Ausdruckes für seinen neuen Aufhebungsgrund bedient, so kann seine Anschauung, und das liegt uns am nächsten, allerdings die gewesen sein, daß der Wendung purgare moram von jetzt an eine erweiterte Bedeutung zukomme, daß sie außer Obligation auch die Novation umfaße; es ist aber auch sehr wol denkbar, daß Marcell die Novation für eine Unterart der Oblation hielt, und folgeweise den Ausdruck purgare moram in hergebrachter enger Bedeutung verstanden wißen wollte. Die folgenden Stellen werden uns Aufschluß geben, welcher Auffaßung Marcell sich hinneigte.

Fr. 72 §. 1 Sol. 46, 3. — Marcellus libro XX Digestorum.

Quum Stichum mihi deberes, et in solvendo moram fecisses, sub conditione eum promisisti; pendente ea Sti-	Du schuldetest mir den Stichus, und befandst dich in Mora, als du ihn mir unter einer Bedingung versprachst. Wäh-

[8]) Siehe oben Ste 33 ff. —

chus decessit; videamus, an, quia novari prior obligatio non potest, petitio servi competat ea, quae competeret, si non intercessisset stipulatio. Sed in promptum[9]) contradictio est, debitorem, quum stipulanti creditori sub conditione promisit, non videri in solutione hominis cessasse; nam verum est, eum, qui interpellatus dare noluit, offerentem postea periculo liberari.

rend schwebender Bedingung starb Stichus. Wir wollen sehen, ob, weil die frühere Obligation nicht novirt werden kann, diejenige Forderung auf den Sclaven zusteht, welche zugestanden hätte, wenn die Stipulation nicht dazwischen getreten wäre. Allein auf der Hand liegt der Einspruch, daß ein Schuldner, sobald er dem stipulirenden Gläubiger unter einer Bedingung versprochen habe, in Zahlung des Sclaven nicht säumig gewesen zu sein scheine. Denn es läßt sich nicht bezweifeln, daß, wer, gemahnt, nicht geben wollte, durch nachherige Oblation von der Haftung für Zufall frei werde.

Der Fall ist der nämliche wie in der vorigen Stelle: bedingte Novation unter den alten Subjecten und Tod des geschuldeten Sclaven während schwebender Bedingung. Während aber Marcell in fr. 14 pr. Nov. ohne Zagen die Consequenz zieht, daß durch bedingte Novation die Mora purgirt werde, stoßen ihm hier Bedenken auf. Zwar daß aus der bedingten Novation wegen Unterganges der Sache während schwebender Bedingung nichts werden könne, daß folgeweise die Mora in die neue Obligation nicht übergehe, daran hält er unerschüttert fest; es regt sich bei ihm aber der Zweifel, ob nun nicht, weil es mit der Novation vorbei, es so angesehen werden müße, als wenn eine novirende Stipulation nie dazwischen getreten wäre. Wenn diese Auffaßung richtig, so

9) So die Flor. — Promptu lesen Hab. Vulg. und Kriegel. Ich gebe der Lesart der Flor. den Vorzug. Vgl. oben Seite 33. —

würde die ursprüngliche Obligation trotz bedingter Novation noch mit Mora behaftet, und nach dem Tode des Sclaven sofortige Klage gegen den Schuldner zuläßig sein. Wir sehen: Marcell macht Miene, in den Irrthum Julian's zurückzufallen. Das Bedenken hätte sich, wie bei der vorigen Stelle gezeigt, durch die Bemerkung erledigen laßen, daß die alte Obligation so gut wie die neue eine bedingte sei, mithin die alte Obligation ebenso gut wie die neue durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung beseitigt werde. Marcell entschlägt sich indes seiner Zweifel auf andere Weise. Es sei ja unzweifelhaft, daß Oblation von der Haftung für Zufall befreie. Dieser Grund ist nur unter der Voraussetzung verständlich, wenn wir annehmen, daß Marcell im Abschluß einer bedingten Novation eine Oblation erblickt habe. Und das war in der That die Meinung des Marcell, wie dies die folgenden Stellen noch deutlicher zeigen werden.

Es sagt hier also Marcell, daß bedingte Novation deshalb die Mora aufhebe, weil darin eine Oblation enthalten sei. Er weicht also hier in seiner Begründung von dem in fr. 14 pr. Nov. Gesagten ab, wenn die dort gezogene Consequenz überall auf scharfem Nachdenken beruhen, und ihm nicht vielmehr blindlings zugestoßen sein sollte.

Wir ließen vorhin die Frage offen, in welchem Sinne Marcell den Ausdruck purgari moram genommen habe, ob für identisch mit offerendo purgari moram, oder nicht. Wir sehen jetzt, daß Marcell in der bedingten Novation eine Oblation erblickte. Von diesem Standpunkte aus betrachtet, hat der Ausdruck purgare moram auch bei Marcell seine alte enge Bedeutung beibehalten. Möglich wäre es indes daneben, daß gerade dieser Ausdruck ihn zu seiner Oblationstheorie verleitete. Ich vermag wenigstens keine andere Erklärung beizubringen, wie Marcell auf diese wunderliche Idee verfiel. —

fr. 72 §. 2 eodem.

Sed quid, si ignorante debitore ab alio creditor eum stipulatus est? Hic quoque	Aber wie, wenn wider Wißen des Schuldners der Gläubiger sich den Sclaven von einem

existimandus est periculo debitor liberatus, quemadmodum si quolibet nomine ejus servum offerente stipulator accipere noluisset.

andern hat versprechen laßen? Auch hier muß man behaupten, daß der Schuldner von der Haftung für Zufall befreit sei, wie wenn der Stipulator den Sclaven, den ein dritter für den Schuldner offerirt, nicht hätte annehmen wollen.

Schon früher[10]) bemerkte ich, daß es zweifelhaft sein könne, ob diese Stelle auf eine bedingte oder unbedingte Novation zu beziehen sei. Beachtet man bloß die Worte, so ist nichts in der Stelle enthalten, was auf eine bedingte Novation schließen ließe, sieht man aber auf den Zusammenhang, erwägt man, daß sowol im §. 1 als, worauf wir sogleich zu sprechen kommen, im §. 3 von der bedingten Novation die Rede ist, so kann man bedenklich werden. Möglich auch, daß Marcell beides umfaßen wollte.

Marcell sagt hier, daß durch Expromissio ebenso wie durch Oblation eines dritten die Haftung des ursprünglichen Schuldners für Zufall aufgehoben werde. Der Grund paßt jedenfalls ebensogut für die unbedingte, als die bedingte Expromissio. Denn wenn schon in der bedingten Novation eine Oblation liegen soll, so muß dies für die unbedingte um so mehr zutreffen. Auch ergibt sich aus fr. 29 §. 1 V. O. mit Bestimmtheit, daß Marcell ebensowol bei der unbedingten Novation seine Oblationstheorie zur Anwendung brachte. Marcell ging also für bedingte wie unbedingte Novation von einem und demselben Principe aus. Daraus folgt, daß seine Entscheidung consequenter Weise gleich ausfallen mußte, mochte er nun in unserer Stelle an bedingte oder unbedingte Expromissio denken.

Bezieht man diese Stelle auf eine unbedingte Expromissio, so ist die Entscheidung Marcell's richtig, weil ein Expromissor, der die Sache schlechthin versprach, den Zufall nicht mitübernehmen wollte.

---

[10]) Siehe oben Ste 32. —

Sollte aber diese Stelle von einer bedingten Expromissio zu verstehen sein, so wäre die Entscheidung Marcell's unrichtig. In diesem Falle ist die Mora nur aufgehoben, wenn die Bedingung für die Expromissio in Erfüllung geht, im entgegengesetzten Falle hat die Mora nie aufgehört.[11])

Marcell müßte consequenter Weise alle drei Fälle, mag der Untergang der Sache erfolgt sein während schwebender Bedingung, oder nachdem die Bedingung für die Expromissio in Erfüllung gegangen, oder nachdem diese fehlgeschlagen, ganz gleich entscheiden, müßte in allen drei Fällen den Gläubiger den Schaden tragen laßen. Seine Entscheidung steht also mit der von Julian in fr. 56 §. 8 V. O. abgegebenen, wonach beim Untergang der Sache während schwebender Bedingung sofort der alte Schuldner verantwortlich gemacht wird, nicht in Einklang.

fr. 72 §. 3 eodem:

Idem responsum est, si quis, quum surreptus sibi servus esset, sub conditione stipulatus fuerit, quidquid furem dare facere oportet; nam et fur condictione liberatur, si dominus oblatum sibi accipere noluit; si tamen, quum in provincia forte servus esset, intercesserit stipulatio; et finge priusquam facultatem ejus nancisceretur fur vel promissor, decessisse servum, non poterit rationi, quam supra reddidimus, locus esse; non enim obtulisse eum propter absentiam intelligi potest.

Ebenso ist der Fall begutachtet worden, wenn jemand, dem ein Sclave gestohlen, bedingungsweise sich hat versprechen laßen, was der Dieb leisten muß. Denn auch der Dieb wird frei von der Condiction, wenn der Eigenthümer den ihm angeboten Sclaven nicht annehmen wollte. Wenn indes die Stipulation abgeschloßen ist, als der Sclave sich in der Provinz befand! Und man setze, ehe Dieb oder Versprecher die Möglichkeit hatten, ihn zu erreichen, sei der Sclave gestorben. Hier kann der Entscheidungsgrund,

[11]) Siehe oben Ste 52 ff. —

welchen wir oben gaben, nicht Platz greifen, denn wegen der Abwesenheit kann man nicht annehmen, daß der Sclave offerirt sei.

Die Stelle handelt von einer bedingten Expromissio. Nach dem Anfange derselben zu urtheilen, könnte man freilich zweifeln, ob die Novation vom fur oder einem dritten vollzogen werde, obschon die Ausdrucksweise „si quis — — stipulatus fuerit, quidquid furem dare facere oportet" für die letztere Annahme geneigter macht, denn hätte der fur novirt, so würde Marcell sich wol so ausgedrückt haben: si quis a fure stipulatus fuerit, quidquid dare facere oportet. Ganz entscheidend ist aber der Umstand, daß gegen Ende von einem „fur vel promissor" die Rede ist. Die Erwähnung eines Promissor hat nur unter der Voraussetzung Sinn, daß unsere Stelle auf eine Expromissio bezogen wird.[12])

Die Expromissio ist dann in der Weise vorgenommen, daß der dritte quidquid furem dare facere oportet versprochen hat. Ein fur haftet mit der condictio furtiva nicht bloß für Zufall,[13]) sondern auch für das gesammte Interesse, für Früchte, omnis causa u. s. w.[14]) Was diese letztere Verpflichtung des fur zur Leistung des Interesse anlangt, so zeigt das oportet der novirenden Stipulation, daß der Expromissor, falls die Bedingung in Erfüllung gehen sollte, dieselbe soweit übernehmen wollte, als sie im Augenblicke, wo die bedingte Expromissio vollzogen wurde, Bestand gewonnen hatte.[15]) Wäre dagegen die Bedingung für die Expromissio fehlgeschlagen, so würde es gerade so gut sein, als ob eine solche nie beabsichtigt worden, der fur also ganz wie sonst für das Interesse haften müßen.[16])

---

[12]) Anderer Meinung ist freilich Madai, Mora, Ste 489, der diese Stelle auf eine bedingte Novation zwischen Fur und Eigenthümer bezieht.

[13]) Fr. 8 §. 1, fr. 16, fr. 20 de cond. furt. 13, 1; c. 2 C. eod. 4, 8·

[14]) Fr. 3, fr. 13 de cond. furt. 13, 1.

[15]) Siehe oben Ste 35 ff. —

[16]) Siehe oben Ste 53. —

Diese Verpflichtung des fur zur Leistung des Interesse faßt indes Marcell hier nicht in's Auge, er denkt nur an die Haftung des fur für zukünftigen Zufall, wie dies die Worte „et finge — — decessisse servum“ zeigen. Ich drückte schon an einem andern Orte meine Zweifel aus, ob eine Stipulation mit oportet oportebitve auch die Haftung für zukünftigen Zufall mitumfaßt habe;[17] eine solche Stipulation lediglich mit oportet, wie sie hier vorliegt, also eine durchaus auf die Gegenwart beschränkte Stipulation war dazu durchaus nicht tauglich. Der Expromissor wollte also in unserem Falle die Haftung für Zufall nicht mitübernehmen. Wäre demnach die Bedingung für die Expromissio in Erfüllung gegangen, so würde der Gläubiger, bei fehlschlagender Bedingung der ursprüngliche Schuldner den Zufall getragen haben.[18]

Marcell, von seinem Standpunkte aus, mußte im einen wie im andern Fall die Haftung für Zufall als aufgehoben betrachten. Es kommt ihm hier aber ein Bedenken gegen seine Oblationstheorie. Erforderniß der Oblation ist Gegenwart der Sache, novirt kann auch in deren Abwesenheit werden. Wie steht es nun mit dem Satze: Novation ist Oblation? Das Bedenken hätte für Marcell Veranlaßung werden können, von seiner Auffaßung abzugehen, hätte ihn belehren können, daß Novation und Oblation denn doch wol zwei grundverschiedene Begriffe seien. Allein dies Bedenken äußert bei ihm nur die Wirkung, daß er sein Princip ein wenig einschränkt. Nur unter der Voraussetzung soll Novation die Mora aufheben, wenn beim Abschluße derselben die geschuldete Sache gegenwärtig, also insofern Uebereinstimmung mit der Oblation vorhanden war.

Die Consequenzen, zu denen Marcell gelangt, sind nicht bloß mehr verkehrt, sie fangen schon an, wunderlich zu werden; ihren Höhepunct erreicht aber die Marcell'sche Oblationstheorie in der Stelle, zu welcher wir nunmehr übergehen müßen.

---

[17]) Siehe oben Ste 43. —

[18]) Siehe oben Ste 53. —

Fr. 29 §. 1. V. O. 45, 1. Ulpianus libro XLVI ad Sabinum:

Si a fure hominem sim stipulatus, quaesitum est, an stipulatio valeat. Movet quaestionem, quod stipulatus hominem plerumque [19] meum videor; non valet autem hujus modi stipulatio, ubi quis rem suam stipulatus est; et[20] constat, siquidem ita stipulatus sim: quod ex causa condictionis dare facere oportet? stipulationem valere; si vero hominem dari stipulatus fuero, nullius momenti esse stipulationem; quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non[21] teneri furem con-

Wenn ich vom Diebe einen Sclaven stipulirt habe, ist die Frage aufgeworfen, ob die Stipulation gelte. Bedenken erregt, daß ich einen Sclaven stipulirt habe, der zu allermeist mir gehört, es gilt aber eine derartige Stipulation nicht, wo jemand seine eigene Sache stipulirt. Doch steht fest, wenn ich nur so stipulirt habe: quod ex causa condictionis dare facere oportet, daß die Stipulation gelte, wenn hingegen: hominem dari, daß sie null und nichtig sei. Wenn nun vorliegt, daß der Sclave hernach

---

[19]) Plerumque, welches die Flor. hat, laßen Hal. und die Vulg. weg. Allein hätte es von Anfang an gefehlt, so würde wohl schwerlich ein Abschreiber darauf verfallen sein, es in den Text aufzunehmen. Auch gibt plerumque einen sehr guten Sinn. Man muß es nur nicht zu stipulatus videor ziehen, denn „weil ich meistens einen Sclaven stipulirt habe, der mir gehört", wäre Unsinn. Ein zur condictio furtiva berechtigter Eigenthümer, welcher vom fur die gestohlene Sache stipulirt, läßt sich nicht meistens, sondern immer seine eigne Sache versprechen. Man muß plerumque zu dem Worte nehmen, vor dem es auch unmittelbar steht, zu meum, und übersetzen, wie oben im Text geschehen: „weil ich einen Sclaven stipulirt habe, der zu allermeist mir gehört." Der Sinn ist dann dieser: wenn ein zur condictio furtiva berechtigter Eigenthümer vom fur die gestohlene Sache stipulirt, so liegt ganz sicher ein Fall vor, wo ein Eigenthümer sich seine eigne Sache versprechen läßt. —

[20]) Et verbindet hier zwei Gegensätze mit einander. Man kann es mit „doch, aber" übersetzen. So kommt es auch sonst vor. Vgl. fr. 8 §. 5 qui satis dare cog. 2, 8, vba: Romae satis dare non posse, et ibi posse, quo postulat remitti. —

[21]) In einigen Handschriften fehlt non, die beßern haben es, und dem Zusammenhange nach ist es nicht zu entbehren.

dictione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea conditione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

ohne Mora gestorben sei, so behauptet Marcellus, daß der Dieb mit der Condictio nicht hafte, denn so lange er lebt, kann condicirt werden, liegt aber vor, daß er gestorben sei, so befindet sich die Condictio in der Lage, daß sie wegen der Stipulation erlischt.

Ulpian wirft in unserer Stelle zunächst die Frage auf, ob der bestohlene Eigenthümer vom Diebe die gestohlene Sache stipuliren könne; er gelangt zu dem Resultate, daß dies allerdings angehe, wenn es nur gehörig eingerichtet werde. So sei eine Stipulation: quod ex causa condictionis dare facere oportet, vollständig gültig, und hätte Ulpian hinzusetzen können, auch eine Stipulation: rem meam mihi restitui,[22]) nichtig dagegen wegen eines Formfehlers sei die Stipulation: rem dari, denn zu einem dare könne sich niemand dem Eigenthümer gegenüber verpflichten.[23])

Hieran knüpft er eine mit quodsi eingeleitete Bemerkung des Marcell, daß der Dieb mit der Condictio nicht hafte, wenn der Sclave hernach ohne Mora gestorben sei, denn so lange er lebe, könne er condicirt werden, sei er aber gestorben, so befinde sich die Condictio in der Lage, daß sie wegen der Stipulation erlösche.

Unter der Condictio ist die condictio furtiva zu verstehen. Zwar heißt die aus einer Stipulatio entspringende Klage auch condictio. Daß aber diese nicht gemeint ist, zeigt einmal das unmittelbar neben condictione stehende furem (non teneri furem condictione), sodann der Schluß unserer Stelle, wo stipulatio und condictio sich einander entgegengesetzt werden, wo die Stipulation die Veranlaßung sein soll, daß die condictio erlischt. Es soll nämlich die Condictio zuläßig sein, so

---

[22]) Vgl. fr. 82 pr. V. O. 45, 1; fr. 1 §. 7. Usufr. quemadm. 7, 9.
[23]) Vgl. fr. 31, fr. 87 V. O. 45, 1, §. 14 in. J. de act. 4, 6.

lange der Sclave lebt, erlöschen, so bald der Sclave gestorben, und zwar erlöschen im letztern Falle propter stipulationem, wegen der Stipulation.

Es ist in unserer Stelle von zwei verschiedenen Stipulationen die Rede, einer gültigen: quod ex causa condictionis dare facere oportet, und einer nichtigen: hominem dari. Die Stipulation, weswegen die condictio furtiva im bezeichneten Falle erlöschen soll, ist es die gültige, oder die nichtige, oder haben beide diese Wirkung?

Betrachtet man die Stelle zunächst bloß äußerlich, so macht der Umstand, daß die nichtige Stipulation zuletzt erwähnt wird, und daß sich unmittelbar an diese nichtige Stipulation der mit quodsi eingeleitete Schlußsatz anlehnt, geneigt, unter der Stipulation, welcher Marcell so wunderbare Wirkungen beilegt, die nichtige Stipulation zu verstehen.

Dafür sprechen aber noch mehr Gründe, als dieser bloß äußerliche.

In unserer Stelle ist zwar nirgends ausdrücklich gesagt, daß die beiden Stipulationen zwischen Dieb und Eigenthümer in novirender Absicht eingegangen seien, gleichwol dürfte dies anzunehmen nicht allzu gewagt sein, denn einerseits waren die Römischen Juristen mit Annahme von Novationen sehr leicht bei der Hand, anderseits ist noch kurz vorher von Novation die Rede.[24]) Nimmt man aber an, daß Dieb und Eigenthümer die Absicht zu noviren hatten, so wird eine Stipulation: quod ex causa condictionis dare facere oportet, weil sie gültig war, die condictio furtiva s o f o r t aufgezehrt haben. Eine Stipulation hominem dari hingegen wird wegen ihrer Nichtigkeit die condictio furtiva bei Bestand laßen. Demnach kann, wenn im Schlußsatze unserer Stelle der condictio furtiva, als einer trotz beabsichtigter Novation noch stattgehabten Klage gedacht wird, die hier erwähnte Stipulation nicht wol eine andere, als die nichtige gewesen sein.

Steht demnach fest, daß die condictio des Schlußsatzes

---

[24]) Fr. 29 pr. V. O. vba: non fiat novatio.

die condictio furtiva ist, muß man weiter annehmen, daß die stipulatio daselbst nicht wol eine andere, als die nichtige Stipulation sein könne, und daß diese Stipulation in novirender Absicht abgeschloßen worden, so sind wir damit dem Verständnis unserer Stelle schon um ein gut Theil näher gekommen. Marcell hat also einen Eigenthümer vor Augen, der mit dem Diebe wegen des gestohlenen Sclaven noviren will, sie vergreifen sich aber in der Form und schließen eine nichtige Stipulation ab. Marcell fragt: wie steht es mit der Haftung für Zufall? Der Dieb als solcher ist ja für Zufall verantwortlich, dauert diese Haftung unverändert fort? — Er verneint die Frage. Zwar könne, so lange der Sclave lebe, noch immer die condictio furtiva angestellt werden, sei aber der Sclave gestorben, so erlösche die condictio furtiva wegen der Stipulation. Eine nichtige, in novirender Absicht abgeschloßene Stipulation hat also nach Marcell die Wirkung, daß sie den Dieb von der Haftung für Zufall befreit, daß sie die Mora aufhebt.

Der Ausspruch Marcell's ist sehr bedenklich, wenigstens meinem juristischen Gefühle sagt er nicht zu. Wenn ein Gläubiger mit seinem in Mora befindlichen Schuldner noviren will, so kann er sich allerdings einer solchen Stipulation bedienen, welche die Mora beendigt. Wenn aber diese Stipulation nichtig ist, es also gar nicht zur Novation kommt, so ist auch keine Mora aufgehoben. Nur unter der Voraussetzung wollte der Gläubiger auf die Mora verzichten, daß eine neue Obligation zu Stande gekommen wäre, nicht aber schlechthin, nicht auch wenn die neue Obligation nichtig ist, mithin die alte noch bei Bestand bleibt. Wir können uns dies durch ein Beispiel aus dem heutigen Rechte noch anschaulicher machen. Wenn ein Gläubiger sich von seinem in Mora befindlichen Schuldner einen Wechsel geben läßt, der nur die runde Summe enthält, welcher der Schuldner vor der Mahnung schuldete, so liegt darin ein Verzicht auf die Verzugszinsen. Wenn aber dieser Wechsel wegen Formfehlers, z. B. weil der Tag der Ausstellung fehlt, nichtig ist, so befindet sich der Schuldner, nach wie vor, in Mora. Nur unter der Voraussetzung, daß der Gläu-

biger einen gültigen Wechsel erhielt, wollte er die Verzugszinsen erlaßen, nicht aber gegen einen nichtigen Wechsel.

So bedenklich indes der Ausspruch Marcell's sein mag, er ist von seinem Standpuncte aus erklärlich. Sein Glaubenssatz war: Novation ist Oblation. Aber so ganz unbedingt soll dies, wie wir in der vorigen Stelle, fr. 72 §. 3 Sol., sahen, denn doch nicht der Fall sein. Nur dann ist Novation Oblation, wenn beim Abschluß der Stipulation die Sache gegenwärtig war. Hier schränkte demnach Marcell seinen Satz ein. In unserer Stelle dagegen erweitert er seinen Satz: wenn nur eine Novation beabsichtigt wurde, und die Stipulation, sei es auch eine wegen Formfehlers nichtige, nur äußerlich da war, so soll das schon zur Oblation genügend sein, auch eine wegen Formfehlers nichtige Stipulation soll bewirken, daß die Mora aufhöre. Die Worte „propter stipulationem" bedeuten vom Marcellschen Standpunkte aus: wegen der in der Stipulation enthaltenen Oblation.

Jetzt mag es gestattet sein, noch einmal auf die Frage zurückzukommen, ob unsere Stelle von einer Novation zu verstehen sei. Nach dem Schluße derselben soll die Mora des Fur beendet worden sein propter stipulationem. Nun finden sich im ganzen Corpus Juris als Aufhebungsgründe der Mora des Schuldners sonst nur zwei aufgeführt: Oblation und Novation,[25]) und was die Novation anbetrifft, so ist es gerade Marcell, von dem der Schlußsatz unserer Stelle herrührt, gewesen, der auf diesen Aufhebungsgrund zuerst hingewiesen hat.[26]) Wenn demnach in unserer Stelle von der Stipulation gesagt ist, daß sie die Mora aufhebe, so kann das in Beihalt der übrigen Quellenstellen überhaupt, so wie unter Berücksichtigung der Marcell'schen Ansicht insbesondere, wol kaum anders, als von einer solchen Stipulation verstanden werden, die in novirender Absicht abgeschloßen worden. Freilich ist es hier bei der zweiten, bei der wegen Formfehlers

[25]) Siehe oben Seite 34. —

[26]) Siehe oben Seite 70. —

nichtigen Stipulation nicht zur Novation gekommen, aber sie war doch beabsichtigt, und die lediglich beabsichtigte Novation muß Marcell schon genügt haben, darin eine Oblation zu erblicken.

Faßen wir demnach zusammen, was alles für Novation spricht, so ist es einmal die Erwähnung der Novation im Principium unserer Stelle, ferner der Umstand, daß die Römischen Juristen mit Annahme von Novationen sehr leicht bei der Hand waren, und, was damit zusammenhängt, daß sie häufig an Novation denken, ohne dies ausdrücklich auszusprechen, endlich drittens der enge Anschluß, der auf diese Weise für unsere Stelle an die Quelle überhaupt, insonderheit aber an die übrigen Marcell'schen Stellen erzielt wird.

Will man aber trotz alledem sich nicht dazu bequemen, unsere Stelle von einer Novation zu verstehen, so würde ich darum meine Interpretation der Hauptsache nach gleichwol noch nicht Preis geben. Dann hätte eben die Marcell'sche Oblationstheorie die Wendung genommen, daß er auch in einer, nicht in novirender Absicht abgeschloßenen, nichtigen Stipulation eine Oblation, und mithin einen Aufhebungsgrund der Mora erblickt hätte. Wenig wahrscheinlich bleibt dies freilich immer, da dies die einzige Stelle wäre, wo der Stipulation als solcher, ohne Rücksicht auf eine Novation, Mora aufhebende Wirkung beigelegt wäre.

Der Hauptsache nach stützte sich meine Interpretation darauf, daß die condictio des Schlußsatzes die condictio furtiva, und die dort erwähnte Stipulation, die wegen Formfehlers nichtige Stipulation sei. Die letztere Annahme ist nothwendig, sobald man unsere Stelle auf eine Novation bezieht.[27] Aber selbst hiervon abgesehen kann man nicht wol zu einer andern Ansicht gelangen.

Denn auch zugegeben, unsere Stelle handle nicht von Novation, würde der Schlußsatz darum nicht minder unverständlich bleiben, wenn man ihn auf die gültige Stipulation

---

[27]) Siehe oben Seite 79. —

quod ex causa condictionis dare facere oportet beziehen wollte. So wäre es unter dieser Voraussetzung gleich auffallend, wenn gesagt wird „quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, teneri furem condictione," denn weshalb wird bloß die condictio furtiva erwähnt, warum sagte der Jurist nicht etwa: non teneri furem condictione nec ex stipulatu? Und weiter: warum ist, so lange der Sclave lebt, bloß die condictio furtiva zuläßig, warum wird nicht auch der Klage aus der Stipulation als einer möglichen gedacht? — Endlich warum soll, wenn der Sclave gestorben, wegen der Stipulation nur die condictio furtiva erlöschen, warum nicht auch die Klage aus der Stipulation gleichfalls? —

Daß so wiederholentlich nur von der condictio furtiva, nie von der Klage aus der Stipulation die Rede ist, zwingt denn doch wol zu der Annahme, unter der im Schlußsatze erwähnten Stipulation die nichtige Stipulation zu verstehen, mag man nun meinen, daß unsere Stelle von der Novation handle oder nicht.

Dazu kommt noch, wie schon angegeben, daß der mit quodsi eingeleitete Schlußsatz sich unmittelbar an die wegen Formfehlers nichtige Stipulation anlehnt, so daß wir auch äußerlich genöthigt werden, den Schlußsatz auf diese zu beziehen.

Das bleibt also gleichwol wahr, daß die Stipulation des Schlußsatzes die nichtige Stipulation ist, auch wenn man nicht mit mir die vorliegende Stelle von einer Novation verstehen will.

Die Stellen, welche das Princip des Marcellus enthalten, haben wir jetzt beisammen. Es lautet dies vollständig: Novation ist Oblation, jedoch nur unter der Voraussetzung, daß beim Abschluß der Novation die geschuldete Sache gegenwärtig. Ob fr. 72 §. 2 Sol. auf eine unbedingte Novation zu beziehen sei, konnte zweifelhaft erscheinen, auf jeden Fall muß aber, was in dieser Hinsicht für die bedingte Novation gelten soll, um so richtiger für die unbedingte Novation sein. Auch handelt fr. 29 §. 1 V. O. von einer unbedingten, wenn zwar nichtigen Novation, denn so

weit hatte es Marcell gebracht, daß er auch in einer nichtigen Novation eine Oblation erblickte.

Ehe ich nun von Marcell scheide, muß noch die Erklärung eines neuern Schriftstellers[28]) von fr. 29 §. 1 V. O. berücksichtigt werden, der eine von der unsern sehr abweichende Auslegung versucht hat. Davon im folgenden Paragraphen.

2. Das Princip des Marcellus.

Fortsetzung.

§. 6.

Auf Grund einer Bemerkung des Thaleläus[1]) theilt Liebe[2]) nach dem Vorgange des Cujacius[3]) die Stipulation in eine stipulatio specialis und vulgaris. Bei der stipulatio specialis werde der Gegenstand durch Beziehung auf das zu Grunde liegende Geschäft geradezu bestimmt, durch stipulatio vulgaris hingegen laße man sich ohne alle Beziehung auf ein früheres zu Grunde liegende Geschäft eine Sache versprechen. Centum dare spondes? dotem reddi spondes? seien Beispiele einer stipulatio vulgaris, hingegen quidquid ex vendito dare facere oportet, dari fieri spondes? sei eine stipulatio specialis.

Ich bin freilich der Ansicht, daß mit dieser Zweitheilung nicht viel anzufangen ist; denn die Stipulation ist viel zu mannigfaltig, als daß mit einer derartigen Zweitheilung etwas gewonnen wäre. Das mag indes auf sich beruhen bleiben.

In §. 21 a. a. O. versucht Liebe seine Eintheilung durch mehrere Beispiele zu belegen. Hier kommt er auch auf unser

[28]) Liebe, die Stipulation, Braunschweig 1840, Ste 286 ff.

[1]) Basil. 29 c. 1 in den Scholien zu L. 1 C. de rei uxor. act.

[2]) Liebe a. a. O. Ste 239.

[3]) Cujacius ad L. 29 de Verborum Obligationibus.

fr. 29 §. 1 V. O. zu sprechen,[4]) in der sich seiner Meinung zufolge eine Anwendung der stipulatio specialis finden soll.

Der Anfang der Stelle sei einfach, Schwierigkeiten machten aber die Schlußworte derselben: quodsi postea sine mora etc. Sterbe nachher der Sclave, ohne daß dem Schuldner in Bezug auf die Verpflichtung ex stipulatu eine Mora zur Last falle, so sei derselbe nicht mit der condictio furtiva zu belangen, denn so lange der Sclave lebe, könne er condicirt werden, sei er aber gestorben, so sei die Condiction durch die Stipulation untergegangen, und letztere komme allein in Betracht. Anscheinend sei in diesen Sätzen der Eintritt der Novation lediglich vom Leben oder Sterben des Sclaven abhängig gemacht, denn auf die Statthaftigkeit der condictio furtiva an sich habe ja dieses Leben oder Sterben keinen Einfluß. Weshalb indes gerade hiervon der Eintritt der Novation abhängig sein solle, sei durchaus nicht einzusehen.

Eine genügende Erklärung dieser Stelle, fährt Liebe fort, möchte es bis jetzt nicht geben. Berücksichtigt werden indes die Erklärungen von Alciat, Donellus und Cujacius.

Alciat[5]) bezieht mit uns den Schlußsatz auf die Stipulation: hominem dari, auf den Fall, wo keine Novation eingetreten. Dies ergebe sich daraus, daß der Sclave, so lange er lebe, noch condicirt werden könne. Als Grund, weshalb nach der Ansicht des Marcellus auch eine nichtige Stipulation den Dieb von der Haftung für Zufall befreie, hat Alciat nicht übel Lust, den geltend zu machen, daß dieser Jurist auch in einer derartigen Stipulation eine Oblation erblickt hätte. Allein dann müßte man ja die hier gegebene Entscheidung auf einen servus praesens beschränken, nun rede aber die Stelle ganz allgemein, und auch sonst, nämlich fr. 17 de cond. furt. 13. 1, sei gesagt, daß auf die Gegenwart oder Abwesenheit der geschuldeten Sache nichts ankommen könne. Es sei daher wol richtiger, den Grund der vorliegenden Entscheidung in etwas

---

[4]) Liebe a. a. O. Ste 286 ff.

[5]) Alciatus ad tit. D. de Verb. Obligationibus ad hunc locum.

anderem zu suchen, und Alciat findet ihn darin, daß auch im Abschluß einer nichtigen Stipulation ein Verzicht des Gläubigers auf die weiteren Nachtheile der Mora enthalten sei; „actus enim nullus mentem stipulatoris declarat moram hanc remittentis.“

Alciat war ganz auf dem richtigen Wege. Mit Recht bezieht er den Schlußsatz auf die nichtige Stipulation. Auch der dafür angeführte Grund, weil der Sclave, so lange er lebe, noch condicirt werden könne, ist von uns geltend gemacht worden.[6] Am beachtenswerthesten bleibt aber, daß schon Alciat an die Möglichkeit denkt, unsere Stelle als einen Ausfluß der Marcell'schen Oblationstheorie zu betrachten. Davon hätte er nur nicht abgehen sollen. Allein Alciat scheint kein sonderlicher Freund dieser Oblationstheorie gewesen zu sein. Dann hätte er ja auch in Gemäßheit von fr. 72 §. 3 Sol. darauf sehen müßen, ob bei Abschluß der Stipulation die Sache gegenwärtig war oder nicht. Das sagt ihm nicht zu. Er hält es lieber mit fr. 17 de cond. furt., wo dieses Erforderniß verworfen wird. Für die Entscheidung des Marcell sucht er dann nach einem anderen Grunde und findet ihn darin, daß auch ein Gläubiger, der mit seinem Schuldner eine nichtige Stipulation abschließe, auf die Folgen der Mora verzichte.

Alciat verwirft also zwar den Entscheidungsgrund des Marcell, hält aber die Entscheidung selber aufrecht und stützt diese auf einen neuen Grund. Allein auch die Entscheidung muß Preis gegeben werden, und was den Alciat'schen Grund anlangt, so ist der gleichfalls nicht zutreffend. Denn wenn auch ein Gläubiger die Absicht hat, gegen eine Stipulation seine Ansprüche wegen Mora aufzugeben, so hat er diese Absicht selbstverständlich doch nur unter der Voraussetzung, daß die Stipulation eine gültige, ist diese nichtig, so ist es auch nichts mit dem Verzicht.[7]

Donellus[8] bezieht den Schlußsatz gleichfalls auf die

---

[6]) Siehe oben Seite 79. —

[7]) Siehe oben Seite 80 ff. —

[8]) Donellus ad tit. de V. Obl. ad hunc loc. und Comm. jur. civ. lib. 16 cap. 2.

nichtige Stipulation, nimmt auch an, daß diese in novirender Absicht abgeschloßen sei,[9] und findet den Grund der Marcell'schen Entscheidung, ebensowie Alciat in einem Verzicht des Gläubigers: „nempe ostendit dominus hac stipulatione (inutili), se omittere debiti repetendi instantiam, id est separatum esse exspectare nec amplius instare debitori, ut rem solvat.“ [10])

Cujacius[11]) bezieht den Schlußsatz unserer Stelle nicht auf die nichtige Stipulation, sondern auf die Stipulation „quod ex causa condictionis dare facere oportet,“ nimmt an, daß diese Stipulation nicht animo novandi abgeschloßen sei, und legt demnach dem Marcell den Ausspruch unter, daß auch eine, nicht animo novandi abgeschloßene, gültige Stipulation den Schuldner von den Nachtheilen der Mora befreie, und späterer Untergang der Sache daher beide Obligationen aufhebe.

Der Satz selber ist so unrichtig nicht, es kann allerdings auch eine nicht animo novandi mit dem ursprünglichen Schuldner abgeschloßene Stipulation die Wirkung haben, daß sie die Mora der alten Obligation aufhebt. Denn wenn z. B. die Stipulation die Verzugszinsen nicht mitumfaßt, so muß man doch wol sagen, wenn kein anderer Wille ersichtlich, daß die Verzugszinsen überhaupt, also auch für die alte Obligation, erlaßen sind. Ebenso ist es im heutigen Recht. Wenn ein Gläubiger, der nicht novirt, bloß die Summe in den Wechsel setzt, welche der Schuldner vor der Mora schuldete, und weitere Vereinbarungen werden nicht getroffen, so ist der Anspruch auf Verzugszinsen überhaupt erloschen.

Wenn aber dieser Satz auch richtig sein mag, so ist er doch in unserer Stelle nicht enthalten, denn der Schlußsatz

---

[9]) Don. comm. jur. civ. l. l. vba: Finitur hoc modo (i. e. novatione) mora, sive novatio effectum habeat, sive non habeat: satis est ad remittendi voluntatem, quod creditor putavit subesse.

[10]) Don. ad tit. de V. O. l. l.

[11]) Cujacius ad tit. de Verb. Obl. ad h. l. und ad Papin. Quaest. Lib. X. ad leg. 17 de cond. furtiva.

derselben bezieht sich nicht auf die Stipulatio „quod ex causa condictionis dare facere oportet“, sondern auf die nichtige Stipulation, mag man nun annehmen, daß diese Stipulationen in novirender Absicht abgeschloßen worden, oder mag man anderer Ansicht sein. Dies ist oben schon ausführlicher erörtert, und da Cujacius es an einer eingehenderen Begründung für seine Auslegung fehlen läßt, so brauchen wir uns auf dieselbe auch nicht weiter einzulaßen. Nur das mag gegen Cujacius noch bemerkt werden, daß nach ihm durch den Untergang der Sache zwei Obligationen aufgehoben werden, während der Schluß nur von einer condictio, der condictio furtiva, redet, die erlischt.

Diese drei Erklärungen berücksichtigt Liebe, um daran seine eigne anzulehnen. Er bezieht den Schlußsatz auf die gültige Stipulation und nimmt gleichzeitig Novation an, dies ist nun geradezu unmöglich. Denn wie wir oben[12]) gesehen haben, wer dafür hält, daß unsere Stelle von Novation handle, der muß mit Nothwendigkeit den Schlußsatz auf die nichtige Stipulation beziehen. So ist es denn auch Liebe keineswegs gelungen, seine Auslegung zu rechtfertigen, wie sich zeigen wird, wenn wir seine Ausführungen im einzelnen betrachtet haben.

Den Eingang des Schlußsatzes „quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus“ verstehe ich dahin: wenn der Sclave gestorben ist, ohne daß hernach wieder, z. B. durch Mahnung, Mora eingetreten, und die Verpflichtung, um welche es sich handelt, ist die ursprüngliche, diejenige, welche durch condictio furtiva geltend gemacht wird. Der Haftung des Fur ist durch die nichtige Stipulation die Mora genommen, er hat aufgehört, für Zufall zu haften, es kann aber diese Mora wieder entstehen, wie Mora überhaupt zu entstehen pflegt, z. B. durch Mahnung, und dann beginnt wieder die Haftung für Zufall. Daher sagt der Jurist: „quodsi postea sine mora etc.“ Er will durch die Worte sine mora be=

---

12) Siehe oben Seite 79. —

zeichnen, daß der status quo, wie er durch die nichtige Stipulation herbeigeführt, noch vorhanden, daß keine neue Mora wieder entstanden ist.

Liebe legt dem Eingange des Schlußsatzes einen anderen Sinn unter. Die Worte sine mora haben nach ihm den Sinn, daß die Mora durch Oblation für die condictio furtiva aufgehört habe. Ich will nicht bestreiten, daß sine mora den Worten nach so viel heißen kann, als „nach aufgehobener Mora", allein die andere Bedeutung „ohne Entstehung einer neuen Mora" ist, wie Liebe selber zugibt, gleichfalls den Worten nach zuläßig.[13] Und diese letztere Bedeutung ist dem Zusammenhange nach die einzig zutreffende.

Liebe nimmt freilich eine andere Interpunction vor. Während nämlich die gewöhnliche Interpunction diese ist:

> Quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit, condici poterit, at si decessisse proponatur, in ea conditione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

interpunctirt Liebe:

> Quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit, condici poterit. At si decessisse proponatur: in ea conditione est, ut evanescat condictio propter stipulationem.

Liebe bezieht also den Satz: „quamdiu enim vivit, condici poterit" noch zum Vordersatze. Allein gleichwol läßt sich die Liebe'sche Interpretation nicht halten.

Die Worte „sine mora" sollen, wie wir sahen, nach Liebe bedeuten „nach aufgehobener Mora". Liebe nimmt an, daß der fur offerirt, und dadurch die Haftung für Zufall beseitigt habe. „Ist dieses geschehen, so ist der Dieb ex causa condictionis nichts mehr schuldig." Ich erinnere daran, daß Liebe unsere Stelle von einer Novation versteht, und den

---

[13]) Vgl. auch Mommsen, Mora, S. 332, Anm. 4 a. E.

Schlußsatz auf die gültige Stipulation bezieht. Darnach muß die condictio furtiva erloschen sein. Wie kann also Liebe hier wieder auf diese Condiction zurückkommen, und sagen, daß der Dieb aus der Condiction nichts mehr schulde? Freilich es folgen die Worte: „non teneri furem condictione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit condici poterit,“ und diese Worte bedurften einer Erklärung. Liebe hilft sich hier in folgender Weise:

„Diese Worte bedeuten gar nicht nothwendig, daß die Condictio furtiva wirklich nach jener Stipulation noch angestellt werden könne, sondern da es darauf ankam, zu bestimmen, was der Dieb ex causa condictionis schuldig sei, und da man deshalb doch immer auf die Condiction, als wäre sie nicht erloschen, zurückgehen mußte, daß nach purgirter Mora bloß so lange der Sclave lebe, ein Anspruch ex causa condictionis vorhanden, und als Inhalt der Stipulation zu betrachten sei.“

Ich meine, die betreffenden Worte sind unter allen Umständen mit Nothwendigkeit dahin zu verstehen, daß die condictio furtiva nach jener Stipulation noch angestellt werden konnte. Dazu kommt, daß der Gedankengang, welchen Liebe dem Marcell unterlegt, gewaltig künstlich ist. Nach Liebe soll die condictio furtiva durch eine gültige Stipulation aufgehoben, und darauf soll der Sclave offerirt sein. Hätte also, wie Liebe dies annimmt, was ich freilich in Abrede nehmen muß,[14]) diese Stipulation auch die Mora des Fur mit in sich

---

[14]) Vgl. oben Seite 43. Hier sagte ich, es sei mir bedenklich, ob die Römer ein dare facere oportebit auch mit auf Haftung für zukünftigen Zufall würden bezogen haben. Für ganz unmöglich mußte ich es aber halten, daß eine Stipulation mit bloßem oportet die Haftung für zukünftigen Zufall mitumfaßt habe. Dagegen spricht auch diese Stelle, sowie ich sie verstanden habe. Denn wenn schon die nichtige Stipulation die Haftung des Fur für Zufall aufheben soll, um wie viel mehr muß dies bei der gültigen Stipulatio „quod ex causa condictionis dare facere oportet“ der Fall gewesen sein.

aufgenommen, so wäre sie nunmehr durch Oblation doch jedenfalls aufgehoben. Weshalb braucht man, um dieses Resultat auszurechnen, aber erst den Liebe'schen Umweg zu machen? Liebe sieht erst zu: welche Wirkungen würde diese Oblation wol auf die condictio furtiva gehabt haben, wenn diese nicht durch Novation aufgehoben wäre. Er findet: hier würde die Mora purgirt sein. Jetzt stellt er die Betrachtung an, daß der Inhalt der stipulatio specialis durch Beziehung auf das unterliegende Verhältnis zu bestimmen sei. Er bestimmt nun diesen Inhalt: hätte der Dieb abgesehen von der Novation offerirt, so würde er von der Haftung für Zufall frei gewesen sein, da nun der Inhalt der neuen Stipulation gleich ist dem Inhalte der condictio furtiva, so muß der Tod des Sclaven auch die neue Stipulation aufheben, weil er unter gleicher Voraussetzung die condictio furtiva aufgehoben hätte. Diesen tiefen Sinn findet Liebe in den Worten: Quodsi postea sine mora decessisse proponatur servus, non teneri furem condictione, Marcellus ait; quamdiu enim vivit condici poterit.

Jetzt kann ich wieder darauf zurückkommen, weshalb „sine mora" dem Zusammenhange nach nicht mit Liebe „nach aufgehobener Mora" bedeuten kann. Im Anfange unserer Stelle ist davon die Rede, daß auch mit einem Fur eine gültige Stipulation wegen der gestohlenen Sache abgeschloßen werden könne, es müße die Stipulation nur darnach eingerichtet werden, so sei eine Stipulation „quod ex causa condictionis dare facere oportet" vollkommen gültig, nichtig dagegen eine Stipulation „rem dari". Hieran schließt sich unserer Auslegung zufolge die Bemerkung an, daß eine nichtige Stipulation darum im vorliegenden Falle gleichwol nicht ohne alle Wirkung sei, denn wäre der Sclave nachher gestorben, ohne daß eine neue Mora begründet worden (sine mora), so werde der Fur frei. Auf diese Weise steht Vordersatz und Nachsatz in innigem Zusammenhange, und dazu passt wieder, daß beide mit quodsi „wenn nun, wenn demnach" verbunden sind.

Dagegen bei der Auslegung, welche Liebe dem „sine mora" gibt, bringt der Schlußsatz einen ganz neuen Gedanken.

Man sieht nicht ein, weshalb im Vordersatze der nichtigen Stipulation gedacht ist, wenn im Nachsatze gesagt sein sollte, daß bei der gültigen Stipulation der Schuldner, sobald er offerirt habe, für Zufall nicht mehr hafte. Vordersatz und Nachsatz würden auf diese Weise ohne allen Zusammenhang dastehen, daß aber ein Zusammenhang Statt findet, ist um so zweifelloser, als beide Sätze durch quodsi verbunden sind.

Und ist nicht der Gedanke, daß ein Schuldner durch Oblation vom periculum befreit werde, zu einfach, als daß man glauben könnte, ein Römischer Jurist habe lange Vorbereitungen nöthig gehabt, um zu demselben zu gelangen, und habe sich dann nach diesen Vorbereitungen so ausgedrückt, wie in den Worten „quodsi — — condici poterit" geschehen! —

Wollte man den Liebe'schen Gedanken auf Latein wiedergeben, so würde er etwa so lauten: „quodsi postea, oblatione mora purgata, decessisse proponatur servus, non teneri furem actione ex stipulatu, quia non teneretur condictione furtiva, si stipulatio non intercessisset." Da aber dieses nicht da steht, dürfen wir berechtigt sein, es auch nicht als dastehend anzunehmen.

Bei alledem scheint Liebe noch gar mit sich selber in Widerspruch gerathen zu sein. Denn während er hier (Ste 292) annimmt, die kritischen Worte bedeuten gar nicht nothwendig, daß die condictio furtiva wirklich nach jener Stipulation noch angestellt werden könne, sagt er oben (Ste 287) ganz ausdrücklich: „denn so lange der Sclave lebt, kann er condicirt werden." —

Bei der Voraussetzung indes, daß unsere Stelle von Novation handle und der Schlußsatz auf die gültige Stipulation zu beziehen sei, mußte es für Liebe Hauptaufgabe sein, in die Endworte ein Verständniß zu bringen. Er gibt auch zu, daß diese die Hauptschwierigkeit machen, „indem hier das Erlöschen der Condiction nach dem, nach purgirter Mora erfolgten Tode des Sclaven der Stipulation zugeschrieben". Wie überwindet Liebe diese Hauptschwierigkeit? — „Es ist indes, heißt es bei ihm, wie schon Gothofredus annimmt,

wegen der unnützen und störenden Wiederholung, welche diese Worte enthalten, höchst wahrscheinlich, daß sie ein unechter Zusatz sind." Auf die Weise laßen sich allerdings Schwierigkeiten beseitigen. Ich möchte denn aber doch einer Interpretation den Vorzug geben, die nicht nöthig hat, zu solchen Mitteln ihre Zuflucht zu nehmen, und die in den Endworten nichts weniger, als eine „unnütze und störende Wiederholung" sieht.

Indes Liebe hat auch eine Erklärung versucht. Unter der Voraussetzung ihrer Echtheit findet er in den Endworten folgenden Sinn:

> „Ist der Sclave unter den angegebenen Verhältnissen gestorben, so muß nun die Condiction nach dem Inhalte und Sinne der Stipulation für erloschen gelten, indem diese nur quod ex causa condictionis dare facere oportet zum Gegenstande hat, dieser Gegenstand aber untergegangen ist."

Also auch Liebe nimmt, ganz wie wir, an, daß in den Endworten gesagt sei, die condictio furtiva erlösche wegen der Stipulation. Indem er aber dies zu erklären sucht, geräth er mit sich selber in einen zweifachen Widerspruch. Wie kann nach Liebe, der Novation annimmt, die Condictio erst jetzt „unter den angegebenen Verhältnissen", d. h. nachdem der Sclave, welcher vorher offerirt war, gestorben, für erloschen gelten? Sie ist ja nach Liebe schon längst erloschen, und zwar in dem Augenblicke, wo mittels der gültigen Stipulation novirt wurde, zu einer Zeit, wo der Sclave noch lebte! — Wie kann ferner Liebe als Grund für das Erlöschen der Condictio den anführen, daß die Stipulation nur quod ex causa condictionis dare facere oportet zum Gegenstand habe, dieser Gegenstand aber untergegangen sei? — Eine Seite vorher (S. 291) versucht Liebe auszuführen, daß eine so geartete Stipulation, als stipulatio specialis, die Mora des Fur in sich aufnehme, daher nach Untergang des Gegenstandes noch fortdauern würde!

Nach Liebe erlischt die condictio furtiva durch die mittels der gültigen Stipulatio quod ex causa condictionis dare facere oportet herbeigeführte Novation; die neue Obligation

wird dann durch Oblation von Mora befreit und geht darauf mit dem Gegenstande selber unter. Nach den Schlußworten erlischt aber die condictio furtiva wegen der Stipulation. Unter solchen Umständen mochte eine Erklärung der Schlußworte nicht anders möglich sein, als durch das verzweifelte Mittel eines doppelten Widerspruchs.

Somit glaube ich die Liebe'sche Interpretation widerlegt zu haben. Liebe meinte, eine genügende Erklärung unserer Stelle möchte es noch nicht geben. Allein die von ihm berücksichtigten Erklärungen des Alciat, Donell und Cujacius sind bei weitem nicht so voller Widerspruch und so nothwendig verkehrt, wie seine eigene. Namentlich verdient Alciat unsere Beachtung, welcher der Wahrheit schon sehr nahe kam.

3. Das Verhalten Papinian's und Ulpian's zum Marcell'schen Princip. — Venusejus.

§. 7.

I. Das Verhalten Papinian's und Ulpian's zum Marcell'schen Princip.

Im allgemeinen ist hiervon freilich schon oben[1] die Rede gewesen. Das Genauere mußte ich mir aber noch vorbehalten.[2]

Papinian macht in

fr. 17 de cond. furt. 13, 1.

Opposition gegen das Marcell'sche Princip. Nach Marcell sollte Novation nur dann Oblation sein, nur dann die Mora aufheben, wenn der geschuldete Gegenstand beim Abschluße der Novation zugegen war. Diese Ansicht verwirft Papinian.

---

[1]) Siehe oben Ste 32—34. —

[2]) Siehe oben Ste 34. —

Nach ihm hebt Novation die Mora auf, mag der geschuldete Gegenstand bei Eingehung derselben zugegen gewesen sein oder nicht. Daher modificirt er auch den Marcell'schen Satz und sagt nur, daß die Novation gleichsam wie eine Art Oblation die Mora beendige, vorausgesetzt, daß man meine Conjectur oblatione statt delegatione[3]) für richtig hält.

Daß Papinian die Unterscheidung des Marcell, ob der geschuldete Gegenstand gegenwärtig oder nicht, verwirft, kann man nur billigen, im übrigen ist damit aber noch kein Princip gewonnen, daß er die Novation gleichsam für eine Art Oblation erklärt.

Ulpian schließt sich in

fr. 8 pr. Nov. 46, 2

der Papinian'schen Auffaßung an, wie die Worte „quasi mora purgata" zeigen.[4]) Anderswo, nämlich

fr. 14 pr. Nov. 46, 2

fr. 29 §. 1. V. O. 45, 1

schreibt er aber auch Marcell getreulich aus, so daß man fast geneigt sein möchte, anzunehmen, Ulpian habe es mit keinem von beiden verderben wollen.

Eingegangen werden mag hier noch auf die Liebe'sche Erklärung von fr. 17 de cond. furt. 13, 1. Nachdem dieser Schriftsteller, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, in fr. 29 §. 1 V. O. den Satz gefunden, daß die Stipulatio „quod ex causa condictionis dare facere oportet", als stipulatio specialis die Mora des Fur in sich aufnehme, leitet er auf unser fr. 17 über,[5]) mit der Bemerkung, daß es mit seiner Erklärung von fr. 29. § 1 V. O. 45, 1 scheinbar in Widerspruch stehe, da hier die Mora des Diebes unbedingt durch die novirende Stipulation aufgehoben werde. Er löst diesen Widerspruch durch die Annahme, daß Papinian hier nur die stipulatio vulgaris, nicht die ohnehin so selten vor-

---

[3]) Siehe oben Ste 32 u. 33. —

[4]) Siehe oben Ste 33 u. 34. —

[5]) Liebe, Stipulation, Ste 293 ff.

kommende stipulatio specialis vor Augen gehabt habe. Ob nun die von Liebe sogenannte stipulatio specialis so gar selten vorkomme, möchte ich in Zweifel ziehen; auf jeden Fall existirt zwischen beiden Stellen auch nicht der Schein eines Widerspruches. In fr. 29 §. 1 V. O. ist mit keiner Silbe gesagt, daß die Stipulation „quod ex causa condictionis dare facere oportet“ die Mora des Fur in sich aufnehme, im Gegentheil führte unsere Erklärung zu dem Resultate, daß auch durch eine derartige Stipulation die Mora, soweit sie Haftung für künftigen Zufall zur Folge hat, aufgehoben werde.[6] Aus diesem Grunde können wir es füglich dahin gestellt sein laßen, auf welche von beiden Stipulationen der Liebe'schen Eintheilung unser fr. 17 zu beziehen sei, denn mag man das eine oder das andere annehmen, so ist immer noch kein Widerspruch ersichtlich.

Liebe beruft sich für seine Ansicht freilich noch auf die Scholien zu unserer Stelle in den Basiliken lib. 60 tit. 10:

> *θεμάτισον τὴν ἐπερώτησιν οὕτως γενομένην· ὁμολογεῖς ἀποδώσειν τόδε τὸ πρᾶγμα, ἐπειδὴ ἐὰν εἶπεν· ὁμολογεῖς ἀποδοῦναί μοι τὸ πρᾶγμά μου, εὑρίσκεται ἄχρηστος ἡ ἐπερώτησις, οὐδὲ γὰρ δύναταί τις τὸ ἴδιον ἐπερωτᾷν.*
>
> Ac pone ita conceptam stipulationem: promittis reddere rem illam: nam si concipiatur hoc pacto: promittis mihi reddere rem meam, inutilis erat stipulatio, nemo enim potest rem suam stipulari.

Allein schwerlich hat dieser Scholiast an die Liebe'sche stipulatio vulgaris gedacht. Auf jeden Fall ist es immer schlecht um einen Gewährsmann bestellt, dessen Kenntnisse im Römischen Recht nicht die gediegensten gewesen sein können. Denn sonst wäre es unserm Scholiasten wohl nicht begegnet, die Stipulation „rem meam mihi dare“ mit der Stipulation „rem meam mihi reddere“ zu verwechseln.

Ich sagte oben,[7] daß es meines Erachtens mit der Zweitheilung der Stipulation in specialis und vulgaris nicht

---

[6] Siehe oben Ste 90 Anm. 14. —

[7] Siehe oben Seite 84. —

viel auf sich habe. Liebe hat für diese Zweitheilung nur wenige Belegstellen beigebracht. Wenn aber die übrigen sich in demselben Maße mit diesem Gegensatze beschäftigen sollten, als unser fr. 17 de cond. furt. und fr. 29 §. 1 V. O., wird gewiss jeder gern diese überflüßige Eintheilung fallen laßen. —

II. Venulejus.

Dessen Ansicht findet sich in

fr. 31, Nov. 46, 2. — Venulejus libro III. Stipulationum. —

Si rem aliquam dari stipulatus sum, deinde eandem sub conditione novandi animo ab eodem stipuler, manere oportet rem in rebus humanis, ut novationi locus sit, nisi si per promissorem steterit, quominus daret; ideoque si hominem mihi dare te oporteat, et in mora fueris, quominus dares, etiam defuncto eo teneris, et si, priusquam decederet, quum jam mora facta sit, eundem a te sub conditione stipulatus fuero, et servus postea decesserit, deinde conditio extiterit, quum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.

Wenn ich mir eine Sache habe versprechen laßen, darauf mir dieselbe Sache unter einer Bedingung in novirender Absicht von demselben versprochen ist, so darf die Sache nicht untergehen, wenn Novation Platz greifen soll, es müßte denn am Schuldner gelegen haben, daß er nicht erfüllte. Wenn du mir nämlich einen Sclaven geben mußt und mit der Hingabe säumig gewesen bist, so haftest du auch nach dem Tode des Sclaven, und wenn ich mir vor dessen Tode nach Eintritt der Mora denselben von dir unter einer Bedingung habe versprechen laßen, er aber hernach gestorben ist, und darauf die Bedingung eintritt, so wird auch Novation Statt finden, da du mir schon aus der Stipulation obligirt gewesen bist.

Die vorliegende Stelle handelt von einer bedingten

Novation unter den alten Contrahenten. Venulejus hebt mit dem Satze an, daß aus einer bedingten Novation nichts werden könne, wenn während schwebender Bedingung die Sache untergehe. Er beginnt also auf gleiche Weise wie Ulpian und Marcell in fr. 14 pr. Nov., wo gleichfalls von diesem Novationsfalle die Rede ist. Dort tadelte ich Ulpian und Marcell, daß sie auf ein unbestimmt-betagtes Schuldverhältnis die Grundsätze über Bedingungen zur Anwendung bringen wollten; hier verräth Venulejus auf dieselbe Weise, daß die Natur der bedingten Novation im engeren Sinne von ihm nicht richtig erfaßt worden.[8])

Wenn aber auch Venulejus auf gleiche Weise anfängt, wie Ulpian und Marcell, so fährt er doch nicht ebenso fort. Marcell zog in d. fr. 14 Nov. aus dem angeführten Satze die Consequenz, daß die Mora purgirt werde, Venulejus will indes diesen Satz gar nicht unbedingt gelten laßen, er macht eine Ausnahme für den Fall, daß der Schuldner sich in Mora befunden hätte, denn dann werde auch nach dem Tode des Sclaven gehaftet.

Wir sahen bereits, der Satz, daß aus einer bedingten Novation nichts werden könne, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergegangen, sei ein Ausfluß der allgemeineren Regel, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache aufgehoben werde. Wir sahen weiter, daß diese Rechtsregel nur insofern etwas specifisches habe, als der Schuldner für Zufall hafte.[9]) Wenn nun Venulejus gerade für diese Fälle von der Regel Umgang nimmt, so verwirft er sie damit der Sache nach überhaupt, und wenn ich bis dahin bei meinem Angriff auf diese Rechtsregel auf eigenen Füßen stand, so erhalte ich hier an einem Römischen Juristen selber Beistand.

Auf den Fall, wenn sich der Schuldner in Mora befand, soll also nach Venulejus diese Rechtsregel keine Anwendung

---

[8]) Siehe oben Seite 15. —

[9]) Siehe oben Seite 57. —

finden, hier soll demnach Novation möglich sein, und weil Novation an sich möglich, so hält Venulejus dafür, daß die Mora nicht aufgehoben werde.

Den Fall denkt sich Venulejus näher so. Der Schuldner ist in Mora, es wird bedingt novirt, während schwebender Bedingung stirbt der Sclave, darauf erfüllt sich die Bedingung für die Novation. Den Grund, weshalb hier Novation möglich sein soll, gibt Venulejus dahin an, weil du mir schon aus der Stipulation obligirt gewesen bist.

Wenn Venulejus, wie der Eingang unserer Stelle zeigt, auf die bedingte Novation im engeren Sinne die Grundsätze über Bedingungen für anwendlich hielt, so hätte er wol consequenter Weise auch das ursprüngliche Schuldverhältnis sich als ein umgekehrt-bedingtes denken müßen. Er scheint aber ähnlich zu Werke zu gehen, wie Julian in fr. 56 §. 8 de Verb. Obl. 45, 1, indem er sich die ursprüngliche Obligation trotz bedingter Novation als unbedingt vorstellt. Dies zeigt der Schlußsatz. Venulejus nimmt an, daß der Schuldner im Augenblicke, wo die Bedingung für die Novation in Erfüllung geht, bereits aus der ursprünglichen Obligation obligirt sei. Hätte er sich die ursprüngliche Obligation als umgekehrt-bedingt gedacht, so mußte er sagen, daß im Augenblicke, wo die Bedingung für die Novation eintrete, die Bedingung für das ursprüngliche Schuldverhältnis fehlschlage. Dann war also die ursprüngliche Obligation, welche Venulejus noch als vorhanden annimmt, bereits untergegangen.

Indes wir wollen uns hierin nicht weiter verlieren. Auf jeden Fall war es verkehrt, wenn Venulejus meinte, auf die Novation im engeren Sinne seien die Grundsätze über Bedingungen anzuwenden, da das Schuldverhältnis doch nur ein unbestimmt-betagtes ist.

Es war im hohen Grade beachtenswerth, daß Venulejus dem Satze, aus einer bedingten Novation könne nichts werden, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergegangen, nicht das Wort redete, und ihn gerade da außer Anwendung setzte, wo er bedeutend wurde. Auf diese Weise konnte er

nicht zu der Schlußfolgerung gelangen, welche Marcell in fr. 14 Nov. 46, 2 zieht. Ob aber darum Marcell im Endresultate nicht doch Recht hatte, wird sich im nächsten Paragraphen zeigen.

B. Kritik der Römischen Juristen. Meine Ansicht.

§. 8.

In den vorhergehenden §§. 4—7 haben wir gesehen, daß die Ansichten der Römischen Juristen über die hier verhandelte Frage wesentlich auseinander gingen.

Julian in fr. 56 §. 8 de V. O. stellte den Satz auf, daß die bedingte Expromissio auf die Mora des ursprünglichen Schuldners keinen Einfluß übe, daß vielmehr, wenn der geschuldete Sclave während schwebender Bedingung sterbe, sofort gegen den alten Schuldner Klage zuläßig sei.

Damit stand im Widerspruch fr. 72 §. 2 Sol., wenn diese Stelle auf eine bedingte Expromissio zu beziehen, jedenfalls fr. 72 §. 3 eod., wo Marcell durch bedingte Expromissio die Mora der ursprünglichen Obligation beseitigt sein läßt.

Ein weiterer Widerspruch fand statt zwischen Ulpian und Marcell einer- und Venulejus andererseits. Die beiden ersten hielten in fr. 14 pr. Nov. und fr. 72 §. 1 Sol. dafür, daß durch bedingte Novation im engern Sinne die Mora aufgehoben werde, während Venulejus in fr. 31 pr. Nov. das Gegentheil behauptet.

Am eingehendsten hatte sich Marcell mit unserer Frage beschäftigt. Er stellte den Satz auf, daß Novation Oblation sei. Daraus folgert er, daß die Novation nur dann die Mora aufhebe, wenn beim Abschluß derselben die geschuldete Sache gegenwärtig war. Auf der andern Seite genügt ihm aber auch eine nichtige Novation.

Mit diesem Principe kann sich Papinian nicht zufrieden

geben. Er meint in fr. 17 de cond. furt. 13, 1, Novation sei doch wol nur so gewissermaßen Oblation, und will namentlich die Consequenz des Marcellus nicht gelten laßen, daß beim Abschluße der Novation die Sache zugegen sein müße, wenn diese die Mora aufheben soll.

Ulpian finden wir so wol auf Seiten des Marcell, als des Papinian.

Was mögen sich bei dieser Mannigfaltigkeit von Ansichten die Compilatoren gedacht haben? Ich glaube, gar nichts. Ueberhaupt habe ich keinen Sinn dafür, dem Möglicherweisesichgedachthabenkönnen von Männern nachzugehen, die, wenigstens nach ihren Werken, den Justinian'schen Gesetzbüchern, zu urtheilen, in hohem Grade mit Gedankenlosigkeit und Unverstand begabt gewesen sein müßen.

Beßer wird es sein, wir unterwerfen die Ansichten der Römischen Juristen einer Kritik, sehen zu, wer von ihnen, und ob überhaupt einer von ihnen Recht hat.

Zu einem Theile ist diese Kritik schon geübt. Wir überzeugten uns in §. 4, daß die Entscheidung Julian's in fr. 56 §. 8 V. O. nicht richtig sei, ebensowenig aber war der Ansicht Marcell's in fr. 72 §. 2, 3 de Sol. beizustimmen. Denn bei fehlschlagender Bedingung hat bedingte Expromissio nie Einfluß auf die Mora der ursprünglichen Obligation, bei eintretender Bedingung ist zurückzugehen auf den Willen der Novirenden.

Vor allen Dingen ist noch übrig, das Marcell'sche Princip zu widerlegen. Ich sagte schon oben,[1]) das Bedenken, welches ihm in fr. 72 §. 3 Sol. aufgestoßen, hätte für Marcell Veranlaßung werden sollen, von seiner Auffaßung abzugehen, denn absurd war es, eine Aufhebung der Mora durch Novation nur unter der Voraussetzung anzunehmen, daß die geschuldete Sache zugegen sei. Wenn dann aber weiter Marcell in fr. 29 §. 1 V. O. sogar einer nichtigen Novation den Oblationscharakter aufprägt, so hört dabei alles auf.

---

[1]) Siehe oben Seite 76. —

Novation und Oblation sind in Wahrheit zwei Begriffe, so grundverschieden von einander, wie nur möglich. Die Novation ist ein Aufhebungsgrund der Obligation. Die Aufhebung wird in diesem Falle durch eine neue perfecte Obligation herbeigeführt. Zu einer perfecten Obligation ist aber einerseits Offerte, andererseits Acceptation erforderlich. Die Oblation dagegen ist eine vom Gläubiger nicht acceptirte Zahlungsofferte. Die Zahlung ist eine Art der Tradition. Die Tradition ist ein Vertrag, aber kein obligatorischer. Zur Zahlung als einem Vertrage gehört mithin gleichfalls Anerbieten auf der einen, Annahme auf der andern Seite. Wird das Anerbieten angenommen, so ist der Zahlungsvertrag perfect, wird es zurückgewiesen, so ist eine Oblation im technischen Sinne vorhanden. So grundverschieden nun ein obligatorischer Vertrag von einem nicht-obligatorischen, ein perfecter Vertrag von einem nicht-perfecten, eine angenommene Offerte von einer zurückgewiesenen, so unbegreiflich ist es, wie Marcell Oblation und Novation durcheinander mengen konnte. Kaum einem Institutionisten möchte ich zutraun, daß er beide Begriffe verwechsle, so himmelweit liegen sie von einander entfernt.

Das beste, was wir mit dem Marcell'schen Principe anfangen können, ist: wir tragen es zu Grabe und thun, als ob es gar nicht dastünde.

Und überhaupt wollen wir zunächst mal ganz unbekümmert um die Römischen Juristen die Frage, um die es sich hier handelt, selber beantworten.

Im §. 2 ist bereits der Einfluß der unbedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora besprochen. Die dort gewonnenen Resultate sollten eine Grundlage für die bedingte Novation abgeben. Das Ergebnis, zu dem wir gelangten, war: ob und in wie weit die Mora in die neue Obligation hinübergehen solle, hänge vom Willen der Novirenden ab.

Wenn bei der bedingten Novation die Bedingung der Novation sich erfüllt, so ist es gerade so gut, als ob gleich

unbedingt novirt wäre. Dieser Fall bedarf also keiner weitern Erörterung. Wenn die Bedingung der Novation eintritt, so kommt es für das Fortbestehen der Mora auf den Willen der Novirenden an. Es bleibt nur noch zu untersuchen, wie es sich verhält, wenn die Bedingung der Novation fehlschlägt.

Wir müßen von der Regel ausgehen, daß es so anzusehen ist, als ob eine Novation niemals beabsichtigt worden. Diese Regel hat uns hinsichtlich der bedingten Expromissio auch schon zu einem Resultate geführt. Durch die bedingte Expromissio an sich wird keineswegs auf die Mora der ursprünglichen Obligation eingewirkt, und wenn die Bedingung der Expromissio fehlschlägt, so ist kein Grund vorhanden, den ursprünglichen Schuldner auch nur für einen Augenblick von Mora freizusprechen, weder für die Zeit der schwebenden Bedingung noch für die Zeit nachher.

Hierbei ist eine Eigenthümlichkeit zu bemerken. Die bedingte Expromissio verwandelt die ursprüngliche Obligation in eine umgekehrt-bedingte. So lange das eine oder das andere, z. B. die Ankunft oder Nichtankunft des Schiffes ungewiss, kann aus keiner von beiden Obligationen geklagt werden. Auch wenn also die Bedingung der Expromissio fehlschlägt, hat es immer eine Zeit gegeben, wo der alte Schuldner wegen der Bedingtheit seines Schuldverhältnisses nicht verklagt werden konnte. Gleichwol soll es so angesehen werden, als ob er sich stets in Mora befand. Hier scheinen wir uns in einen Widerspruch verwickelt zu haben, denn die Mora des Schuldners hat eine klagbare, fällige Obligation zu ihrer Voraussetzung. [2])

Damit eine Mora entstehe, ist allerdings eine klagbare fällige Obligation erforderlich, aber keineswegs braucht die Obligation sich fortwährend in diesem Zustande zu befinden. Mehr sagen auch die, Anm. 2, angeführten Stellen durchaus nicht. Wenn z. B. der alte Schuldner Geld geschuldet, der

---

[2]) Fr. 88 R. J. 50, 17; fr. 127 V. O. 45, 1; fr. 54 de pactis 2, 14 erste Hälfte; fr. 78 pr. Leg. II. Das von Mommsen Mora, Ste 25 hier noch angeführte fr. 40 R. C. 12, 1 bezieht sich gar nicht auf eine technische Mora.

Expromissor quod dare facere oportet oportebitve versprochen hätte, so würde ebenfalls gegen den Expromissor während schwebender Bedingung keine Klage zuläßig gewesen sein, gleichwol kann nicht bezweifelt werden, daß, wenn die Bedingung eintritt, der Expromissor für die ganze Zeit Verzugszinsen zahlen muß. Oder man setze, ein gemahnter Schuldner habe bonis cedirt, so kann er für die Dauer des dadurch erworbenen beneficium competentiae nicht wirksam belangt werden, gleichwol ruht der Lauf der Verzugszinsen keineswegs.

Das wären zwei parallele Fälle, wo die zur Entstehung der Mora erforderlich gewesene klagbare fällige Forderung später aufgehört hat, in diesem Zustande sich zu befinden, und gleichwol die Mora fortdauert. Hiermit stimmen auch die Quellen überein.

Fr. 54 de pactis 2, 14.

> Scaevola apud Julianum libro XXII Digestorum notat: Si pactus sim, ne Stichum, qui mihi debebatur, petam, non intelligitur mora mihi fieri; mortuoque Sticho puto non teneri reum, qui ante pactum moram non fecerat.

Es wird hier ausgesprochen, daß ein Schuldner, dem eine Frist bewilligt worden, nicht in Mora versetzt werden könne. Ein solcher Schuldner hafte demnach nicht für Zufall. Anders stehe es da, wo die Mahnung der Fristbewilligung voraufging.

In dieser Stelle haben wir beide Sätze neben einander, einmal den, daß zur Entstehung der Mora eine fällige Forderung Voraussetzung sei, dann den, daß die Mora fortdaure, auch wenn die Fälligkeit hinterdrein aufgehört haben sollte.

Mommsen [3]) interpretirt freilich anders. Er meint, durch Hinzufügung der Worte „qui ante pactum moram non fecerat“ habe der Jurist wol andeuten wollen, daß der Schuldner, wenn er vorher einer Mora sich schuldig gemacht hatte, unter Umständen verpflichtet bleibe, nämlich dann, wenn der Tod

---

[3]) Mommsen, Mora, Seite 330, Anm. 1.

des Sclaven in der Zwischenzeit zwischen dem Beginn der Mora und der erfolgten Fristgewährung eingetreten war. Dafür wird sich auf Unterholzner[4]) berufen.

Allein die Stelle läßt es kaum zweifelhaft, daß der Tod des Sclaven nach Abschluß des pactum zu setzen ist. Scävola führt hier aus, daß ein Schuldner, der Frist erhalten hat, nicht in Mora versetzt werden könne. Daraus zieht er die Folgerung, daß ein solcher Schuldner für den Tod des geschuldeten Sclaven nicht aufzukommen habe. Nun kann man doch nicht annehmen, daß Scävola einen Fall vor Augen gehabt habe, wo der Sclave schon vor der Fristbewilligung gestorben war. Denn einerseits wird es nicht leicht vorkommen, daß ein durch casuellen Untergang schon liberirter Schuldner um Frist bittet, andererseits wäre es sehr seltsam gewesen, wenn Scävola dem Satze, daß ein Schuldner, der Frist erhalten, nicht in Mora versetzt werden könne, die Bemerkung angeschloßen hätte, daß ein solcher Schuldner nicht für den vor der Fristbewilligung erfolgten Tod des Sclaven einstehe.

Mommsen mag auch seiner eignen Auslegung nicht allzusehr getraut haben, wenigstens gedenkt er der Möglichkeit, daß die Worte „mortuoque Sticho" nur auf einen nach der Fristgewährung erfolgten Tod des geschuldeten Sclaven zu beziehen seien. Unter dieser Voraussetzung erklärt er die Schlußworte unserer Stelle daraus, daß der Fall, welchen der Jurist bei seiner Erörterung vor Augen hatte, gerade ein solcher war, in welchem der Schuldner sich vor der Fristgewährung keiner Mora schuldig gemacht hatte. Allein eine derartige Interpretation hat stets ihr Misliches. Auf diese Weise müßte man annehmen, daß die Worte „qui ante pactum moram non fecerat" ein müßiger Zusatz seien. Dies ist aber um so unwahrscheinlicher, als diese Worte gerade den Schlußsatz bilden. Hätte Scävola es für einen gleichgültigen Umstand gehalten, ob der Schuldner vor dem Pactum sich in Mora befand oder

---

[4]) Unterholzner, Schuldverhältnisse I, §. 59, Note f.

nicht, so würde er schwerlich noch diese Bemerkung angehängt, sondern bei „teneri reum" geschloßen haben.

Die Stelle enthält also den Satz, den ich beweisen wollte, daß Fälligkeit der Forderung zwar zur Entstehung der Mora wesentlich, daß mit Wegfallen der Fälligkeit jedoch nicht nothwendig die Mora aufgehoben sei.

Eine andere Frage ist die, ob jede Fristbewilligung eine einmal begründete Mora bei Bestand läßt, worauf ich im folgenden §. noch werde eingehen müßen.

Somit brauchen wir keinen Anstoß dran zu nehmen, daß im Falle einer bedingten Expromissio, wenn diese Bedingung fehlschlägt, die umgekehrte also eintritt, der alte Schuldner, weil auch sein Schuldverhältnis ein bedingtes geworden, eine Zeit lang gegen Klage geschützt war, und gleichwol die ganze Zeit hindurch als in Mora befindlich zu betrachten ist. Es war dies eine Eigenthümlichkeit, die zu beachten, aber kein Widerspruch.

Was für die bedingte Expromissio gilt, möchte man meinen, müße auch für die beiden anderen Novationsfälle zutreffen, auch hier müße die Auffaßung Platz greifen, daß beim Fehlschlagen der der Novation beigefügten Bedingung, es so anzusehen sei, als wäre niemals Novation beabsichtigt, mithin der Schuldner sich nach wie vor in Mora befinde. Allein für bedingte Novation im engern Sinne sowol als bedingte Delegation tritt ein anderes Moment hinzu, das bei der Expromissio fehlt, und zu einer andern Behandlungsweise nöthigt.

Die Expromissio bringt einen neuen Schuldner, mit diesem wird paciscirt, der alte ist dazu nicht vonnöthen. Wenn dieser neue Schuldner sich ausbedingt, daß er die Folgen der Mora nicht übernehmen wolle, so kann, falls die Bedingung der Expromissio späterhin fehlschlägt, der alte Schuldner sich unmöglich auf ein Rechtsgeschäft zwischen Dritten berufen wollen, um auch seinerseits von Mora freizukommen.

In den andern beiden Novationsfällen bleibt dagegen der nämliche Schuldner. Wenn dieser nun für den Fall, daß die Bedingung der Novation eintrat, für Mora entweder gar

nicht oder nur zu einem Theile aufzukommen hatte, sollten ihm dann wol, wenn diese Bedingung fehlschlug, sämmtliche Wirkungen der Mora aufgebürdet werden können?

Betrachten wir zunächst die bedingte Novation im engern Sinne. Ihr öconomischer Zweck war Stundung auf unbestimmte Zeit. Wenn seine Schiffsladung aus Asien ankam, wollte der Schuldner zahlen, dann nahm er Geld ein. Die Ankunft des Schiffes ward von beiden Theilen als das Wahrscheinlichere betrachtet, die Nichtankunft von beiden als ein Unglück angesehen. Wenn nun der Gläubiger für den wahrscheinlicheren, vorausgesetzten Fall die Folgen der Mora entweder ganz oder zum Theil erließ, sollte es wol seine Absicht gewesen sein, sich für den Nichteintritt des gehofften Ereignisses die Wirkungen der Mora in ihrem ganzen Umfange vorzubehalten? Ich glaube, wir müßen sagen: ein Verzicht auf die Mora für den Fall der Novation begreife gleichzeitig einen Verzicht der Mora für den Fall in sich, wenn aus der gehofften Novation nichts werden sollte. Umgekehrt — wollte der Gläubiger für den Fall der Novation weder von den bereits in der Vergangenheit liegenden, noch den zukünftigen Wirkungen der Mora etwas aufgeben, so ist dies auch für den unverhofften Fall, wenn es zur Novation nicht kommen sollte, nicht anzunehmen. Auf diese Weise würde der Wille der bedingt-Novirenden auf die alte Obligation zurückwirken, und nur jenachdem noch die neue Obligation mit Mora bedacht würde, könnte auch hinsichtlich der alten Obligation von Mora die Rede sein.

Gerade so verhält es sich mit der bedingten Delegation. Bei der bedingten Delegation giebt ein Gläubiger seinem Schuldner Auftrag, einem dritten unter einer Bedingung zu versprechen. Wenn nun bei vorliegender Mora das im Auftrage des Gläubigers vom Schuldner dem dritten gegebene Versprechen die Wirkungen der Mora entweder gar nicht oder nur theilweise umfaßte, so muß man doch auch wol hier sagen, der Gläubiger habe auf die Folgen der Mora, sei es nun ganz oder theilweise, nicht bloß für den Fall, daß es zur ge-

hofften Delegation kam, sondern auch für den entgegengesetzten Fall verzichten wollen. Wenn aber umgekehrt der Auftrag dahin ging, sämmtliche Wirkungen der Mora in das Versprechen an den dritten mitaufzunehmen, z. B. bei einer Geldschuld quidquid dare facere oportet orportebitve zu versprechen, so liegt darin gleichzeitig ausgesprochen, daß der Gläubiger auch für den unverhofften Fall, wenn es nicht zur Delegation kommen sollte, von den Wirkungen der Mora nichts Preis geben wollte. So ist denn bei der bedingten Delegation der Auftrag des Deleganten gleichzeitig maßgebend für die alte Obligation, denn jenachdem das Versprechen an den Delegatar auftragsmäßig die Mora mitumfaßen sollte oder nicht, bleibt auch die alte Obligation mit Mora behaftet, oder wird davon frei.

Demnach haben wir anlangend den Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora, falls es zur Novation nicht kommt, dies Resultat gefunden. Die bedingte Expromissio hat auf die Mora der ursprünglichen Obligation gar keine Wirkung. Dagegen bei der bedingten Novation im engeren Sinne und der bedingten Delegation ist das Schicksal der neuen Obligation auch das der alten. In demselben Umfange, in welchem die neue Obligation die Wirkungen der Mora in sich aufnehmen würde, falls die Bedingung der Novation in Erfüllung ginge, in demselben Umfange bleibt die alte Obligation dieser Wirkungen theilhaftig, wenn diese Bedingung fehlschlägt. Würde dagegen die neue Obligation die Wirkungen der Mora nicht in sich aufnehmen, so streift auch die alte Obligation dieselben ab, falls es zur Novation nicht kommt. — Tritt aber Novation ein, so entscheidet über das Fortbestehen der Mora der Wille der Novirenden.

Von diesem Standpunkte aus will ich jetzt noch einmal auf die Ansichten der Römischen Juristen zurückkommen. Die Wirkung der Mora, welche sie stets im Auge habe, ist Haftung für Zufall; es gilt aber von dieser Wirkung das Nämliche, wie von den übrigen, in welcher Beziehung ich hier nur auf das bereits §. 3 Vorgebrachte zu verweisen brauche.

Julian in fr. 56 §. ult. V. O. behandelt die bedingte Expromissio. Die Sache geht während schwebender Bedingung unter. Er spricht den Expromissor von der Haftung für Zufall frei, gegen den alten Schuldner hält er aber sofortige Klage für zuläßig. — Die Entscheidung ist insoweit richtig, als der Expromissor frei ausgehen soll, denn da dieser die Sache schlechthin versprochen, hatte er die Mora nicht mit übernehmen wollen. Verkehrt aber ist es, wenn Julian sofortige Klage gegen den alten Schuldner für statthaft erklärt, dieser haftet nur, wenn die Bedingung der Expromissio fehlschlägt, dann aber haftet er, weil die bedingte Expromissio auf seine Mora keinen Einfluß haben konnte.

Marcell bespricht in fr. 72 §. 3 Sol., vielleicht auch ibidem §. 2, gleichfalls die bedingte Expromissio. Er kommt zu dem Resultate, daß nach Eingehung der bedingten Expromissio, sofern damals nur die geschuldete Sache gegenwärtig, weder der Expromissor noch der fur für Zufall hafteten. Da die Stipulation, welche er im Sinne hat, auf quidquid furem dare facere oportet lautete, so wollte der Expromissor jedenfalls den künftigen Zufall nicht übernehmen, der fur aber muß nach wie vor für Zufall einstehen, wenn aus der Novation nichts wird. —

In fr. 72 §. 1 Sol. handelt Marcell von der bedingten Novation im engern Sinne, er meint, durch dieselbe werde die Mora aufgehoben, und diese Entscheidung ist ganz richtig für den Fall, welchen er im Auge hat, da sich der Gläubiger von seinem Schuldner auf's neue nur schlechtweg die geschuldete Sache hat wieder versprechen laßen.

Derselbe Fall wird von Marcell und Ulpian in fr. 14 pr. Nov. auf gleiche Weise entschieden.

Venulejus in fr. 31 pr. Nov. kommt für denselben Fall zu einem andern Resultat. Venulejus verdiente unsere Aufmerksamkeit, weil er in seiner Begründung originell war, aber die Entscheidung, die er fällt, ist nicht richtig.

C. Die Ansichten der neuern Schriftsteller.

§. 9.

Berücksichtigt werden sollen Madai, Wolff, Puchta, Mommsen, Windscheid.

1) Madai [1]) behandelt die drei Novationsfälle alle gleich. In fr. 14 pr. Nov.; fr. 72 §. 1 und §. 3 Sol. findet er von Ulpian und Marcell den Satz ausgesprochen, daß durch bedingte Novation die Mora aufgehoben werde, wenn nur, falls die res debita vor Eintritt der conditio obligationis zu Grunde gegangen, bei Eingehung der Novation die Sache gegenwärtig sei. Allein es ist kein Grund vorhanden, die Marcell'sche Oblationstheorie auf den Fall zu beschränken, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergeht, da Marcell, wie aus fr. 29 §. 1 V. O. hervorgeht, seine Auffaßung auch bei der unbedingten Novation für maßgebend hielt.

Einem entgegengesetzten, wie wol nicht minder consequenten Principe huldige Venulejus in fr. 31 pr. Nov. Das Wegfallen des Objectes während schwebender Bedingung sei nach Venulejus kein Grund, das Gültigwerden der Novation in Abrede zu stellen. Sobald die Bedingung eingetreten, werde die Novation wirksam, und habe als solche eine purgatio morae zur Folge. Freilich werde hier die Wirkung der purgatio morae nicht die sein, daß sie den Schuldner von der bisher ihm obliegenden praestatio periculi befreie, es wirke aber die purgatio morae doch in andern Beziehungen, so namentlich bei Geldschulden in Betreff der Verzugszinsen. Allein wenn Venulejus trotz Unterganges der Sache während schwebender Bedingung noch Novation eintreten laßen wollte, so waltete hierbei der Gedanke ob, daß durch bedingte Novation keine Aufhebung der Mora herbeigeführt werde. In der Art und Weise, wie Madai den Gedanken des Venulejus

[1]) Madai, Mora, Seite 487—492. —

einschränkt, liegt eine große Willkürlichkeit. — Wenn dann weiter Madai die Ansicht des Venulejus im Gegensatz zu der des Ulpian und Marcell dahin auffaßt, daß Venulejus in jedem Fall der bedingten Novation Mora-aufhebende Wirkung beigelegt habe, vorausgesetzt nur, daß die schuldige Sache post moram untergegangen, und die alte Obligation dadurch perpetuirt worden, so weiß man in der That nicht, was man dazu sagen soll.

Und doch möchte, trotz dieser Unklarheit über die Meinung des Venulejus, Madai derselben den Vorzug größerer Consequenz einräumen; stutzig macht ihn nur, daß die Ulpian-Marcell'sche Auffaßung mehr Anhänger gezählt habe. Für sie erkläre sich auch Julian in fr. 56 §. 8 V. O. Dann wird der Inhalt dieser Stelle im ganzen richtig dargelegt. Auch herrscht insofern zwischen Ulpian und Marcell einerseits und Julian andererseits Uebereinstimmung, als alle drei selbst bei vorhandener Mora annehmen, daß aus einer bedingten Novation nichts werden könne, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergegangen. Aber die Abweichung war gleichwol noch zu groß, als daß Madai Julian ohne weiteres für einen Anhänger von Ulpian und Marcell ausgeben konnte.

2) Wolff[2]) meint, daß existente conditione die bedingte Novation eine purgatio bewirke, unterliege keinem Zweifel, da durch Eintritt der Bedingung die Novation dieselbe Wirkung erhalte, welche der unbedingten Novation beigelegt sei. Nach strengem civilrechtlichen Princip könne eine purgatio morae während des Schwebens der der novirenden Verabredung hinzugefügten Bedingung nicht angenommen werden; denn wirklich novirt werde die frühere Obligation erst mit Eintritt jener Bedingung. Da nun die bedingte neuere Obligation unwirksam werde, wenn vor Eintritt der Bedingung das Object der Obligation untergegangen sei, so würde daraus folgen, daß der zur Zeit der Eingehung der späteren Obligation hinsichtlich der früheren in Mora befindliche debitor trotz des

---

[2]) Wolff, Mora, Seite 509—512. —

Unterganges des Objects, sobald dieser pendente conditione eingetreten ist, nicht liberirt wird. — Aber die bedingte Novation erleide auch eine andere Auffaßung: der creditor erkläre durch Eingehung des neuen bedingten Vertrages, daß er die Erfüllung der alten Obligation so lange hinausschieben wolle, als es zweifelhaft bleibe, ob die Bedingung eintreten werde oder nicht. In der bedingten Novation liege eine Fristbewilligung, die zu einer purgatio morae genügen müße. Diese Ansicht scheine auch als die in der Compilation gebilligte angesehen werden zu müßen. Sie werde vorgetragen in fr. 14 pr. de Nov. und fr. 72 §. 1 Sol. Marcell wolle jedoch in fr. 72 §. 3 Sol. eine Ausnahme eintreten laßen, wenn das Object der Obligation an einem entfernten Orte sich befinde und früher untergehe, als es zur Stelle geschafft werden konnte. Diese Annahme sei indes von Papinian in fr. 17 de cond. furt. verworfen, und diese Verwerfung habe die Natur der Sache für sich, weshalb auf die entgegenstehende Ansicht des Marcell keine Rücksicht zu nehmen sei. — Julian in fr. 56 §. 8 V. O. und Venulejus in fr. 31 pr. Nov. hätten nur das civilrechtliche Princip vor Augen, und hielten den Schuldner für fortwährend verpflichtet, wenn vor Eintritt der Bedingung das Object der früheren und der neueren bedingten Obligation untergegangen sei. Die Frage, ob wegen der in der bedingten neueren Obligation liegenden Fristbewilligung nicht eine purgatio morae anzunehmen sei, werde von ihnen nicht weiter untersucht; das könne uns aber nicht veranlaßen, das strenge civilrechtliche Princip zur Anwendung zu bringen, um so weniger, da das Resultat deßelben dem quod actum est geradezu widerspreche. —

Auch Wolff unterscheidet nicht zwischen den einzelnen Novationsfällen. Ueber sein civilrechtliches Princip bin ich mir nicht klar geworden. Soll es etwa der Satz sein, daß aus einer bedingten Novation nichts werden könne, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergegangen? — Dann wüßte ich nur nicht anzugeben, warum Wolff diesen Satz civilrechtliches Princip genannt hätte. Julian und

Venulejus, meint Wolff, hätten dasselbe civilrechtliche Princip vor Augen gehabt. Allein beide Juristen gehen von einem wesentlich verschiedenen Standpunkt aus. Venulejus hält den Satz, daß wegen Unterganges während schwebender Bedingung die bedingte Novation unmöglich werde, gerade da, wo dieser Satz was zu bedeuten hätte, z. B. bei vorhandener Mora, für unrichtig, nimmt demnach beim Eintritt der Bedingung Novation an, und läßt folgeweise die Mora durch bedingte Novation nicht untergegangen sein. Julian bringt gerade umgekehrt diesen Satz zur Anwendung, wartet daher gar nicht, ob die Bedingung für die Expromissio eintrete, und läßt sofortige Klage gegen den alten Schuldner zu. Aus einem und demselben Princip laßen sich die Entscheidungen dieser beiden Juristen also keineswegs erklären. Wolff's Auffaßung der bedingten Novation als Fristbewilligung verdient Beachtung; als die in der Compilation gebilligte kann sie aber nicht betrachtet werden, denn in den Quellen ist diese Ansicht gar nicht vertreten.

3) Puchta in seinen Vorlesungen[3]) führt als Aufhebungsgründe der Mora auf: 1. Aufhebung der Obligation, 2. purgatio morae. Unter dieser purgatio morae begreift er dann die Oblation und Erlaß der Mora, z. B. durch einen neuen Zahlungstermin. Von der bedingten Novation meint er dann, daß sie möglicherweise unter beide Aufhebungsarten zu 1. und 2. gebracht werden könne. Unter dem Gesichtspunkte der ersten wäre deficiente conditione die Mora nicht getilgt, wol aber existente conditione, der zufällige Untergang nach der Novation werde also dort den Schuldner nicht befreien. Aber das Rechtsgeschäft sei doch immer als Aufschub der Leistung anzusehen, dem Gläubiger werde die Befriedigung (durch eine andere Obligatio) offerirt und er nehme sie unter einer Bedingung an, es sei also eine purgatio morae, so gut als ein neuer Zahlungstermin, möge nun die Bedingung eintreten oder nicht. Daher müße man sagen, daß auch bei Deficienz

[3]) Puchta Vorlesungen, §. 270. —

der Bedingung doch die alte Mora weggefallen sei, nämlich durch den in der Verabredung der novatio sub conditione liegenden Aufschub.

Puchta macht hier den Versuch, in die Marcell'sche Oblationstheorie etwas Schick zu bringen und dieselbe mit der Wolff'schen Auffaßung der bedingten Novation als einer Fristbewilligung, welcher er beizupflichten scheint, in Einklang zu setzen. Wolff und Marcell wechseln bei ihm ab, bald neigt er sich zu diesem, bald wendet er sich an jenen. „Aber das Rechtsgeschäft sei doch immer als Aufschub der Leistung anzusehen" (hier spricht Wolff aus ihm); „dem Gläubiger werde die Befriedigung offerirt" (Marcell); „es sei also eine purgatio so gut als ein neuer Zahlungstermin" (Wolff) u. s. w. Allein Marcell ist nun einmal nicht zu helfen, denn eine jede Oblation verliert durch Annahme ihren Character als solche. Zwischen einem verweigerten Anerbieten und einem angenommenen ist derselbe Unterschied wie zwischen Ja und Nein, und ebensowenig wie Ja und Nein sind Oblation und Novation in Einklang zu bringen.

In seinen Pandekten[4]) heißt es bei Puchta:

„Die Aufhebung der Obligatio hat immer auch die Aufhebung der Mora zur Folge. Hiernach entscheidet sich der Fall einer bedingten Novation L. 31 pr. eodem (Nov.), der dagegen in L. 72 §. 1—2 D. de Sol. (46, 3) von einem ganz andern Gesichtspunkt aus, nämlich dem einer in der Novation liegenden purgatio morae, betrachtet und entschieden wird."

Soll hiermit dasselbe gesagt sein, was in seinen Vorlesungen steht, so muß Puchta fr. 31 pr. Nov. verkehrt verstanden haben.

4) Mommsen[5]) läßt sich über unsere Frage dahin vernehmen.

Trete die Bedingung ein, so könne es keinem Zweifel

---

[4]) Puchta, Pandekten, §. 270. —

[5]) Mommsen, Mora, Seite 332—336. —

unterliegen, daß die Novation nunmehr nach allen Seiten hin wirksam sei. Werde die Bedingung demnächst vereitelt, so könnten mit der Klage aus der alten Obligation die bis zur Eingehung der bedingten Novation verwirkten Folgen der Mora geltend gemacht werden. Es frage sich aber, ob die Wirkungen der Mora für die Zeit von der Eingehung der bedingten Novation bis zur Entscheidung über die Bedingung fortgehen. Am nächsten liege hier folgende Auffaßung. In der Eingehung der bedingten Novation sei eine stillschweigende Fristbewilligung enthalten, die zwar nicht auf die früher eingetretenen Folgen der Mora einen Einfluß äußern könne, aber für die angegebene Frist jeden Vorwurf der schuldvollen Verzögerung von dem Schuldner abwende. Daraus folge, daß für die zur Frage stehende Zeit die Folgen der Mora wegfallen müßten. Gehe also der Gegenstand der alten Obligation in der Zwischenzeit ohne ein nach dem Inhalt dieser Obligation vom Schuldner zu prästirendes Verschulden unter, so müße die alte Obligation dadurch aufgehoben werden und die neue könne nicht entstehen, weil das Zustandekommen der Novation eine bestehende Obligation voraussetze.

Mommsen meint also, wenn die Bedingung eintrete, so werde die Novation nach allen Seiten hin wirksam. Wir gelangten zu dem Satze, daß es dann auf den Willen der Novirenden ankomme, ob und in welchem Umfange sie die Mora bei Bestand laßen wollten. — Schlage die Bedingung der Novation fehl, so meint Mommsen weiter, könnten die bis zur Eingehung der bedingten Novation verwirkten Folgen der Mora zwar geltend gemacht werden, für die Zukunft müßten diese Folgen aber wegfallen. Wir unterschieden hier zwischen Expromissio und den andern beiden Novationsfällen. Bei der bedingten Expromissio nahmen wir an, daß nach fehlgeschlagener Bedingung der alte Schuldner, nach wie vor, für Mora aufkommen müße, daß dagegen in den beiden andern Fällen es mit der alten Obligation sich in dieser Beziehung gerade so verhalte wie mit der neuen, falls diese zu Stande gekommen wäre, daß also, je nachdem, die Mora ganz auf-

gehoben sei oder theilweise oder gar noch in vollem Umfange fortbestehe.

Die Differenzpunkte zwischen unserer und der Mommsen'schen Auffaßung sind demnach erheblicher Art, so daß wir uns nicht versagen können, auf die Mommsen'sche Begründung näher einzugehen. Wenn Mommsen für den Fall, daß die Bedingung der Novation eintritt, zu einem andern Resultate als wir gelangt, so hängt dies damit zusammen, daß Mommsen auch die unbedingte Novation anders als wir auf die Mora der ursprünglichen Obligation einwirken läßt.[6] Es bleibt hier demnach nur noch der Fall zu betrachten, wenn wegen fehlschlagender Bedingung es zur Novation nicht kommt.

Mommsen stützt seine Ansicht darauf, daß in Eingehung der bedingten Novation eine Fristbewilligung liege, und daß für die Dauer der Frist der Vorwurf schuldvoller Verzögerung den Schuldner nicht treffe. Hiermit müßen wir zusammenhalten, daß Mommsen dauernde Verschuldung für ein Erforderniß der Mora hält,[7] und in jeder Fristbewilligung eine Aufhebung der Mora erblickt.[8]

Weder das eine noch das andere ist richtig. Allerdings ist Verschuldung, oder wie man genauer sagen müßte, mala fides, eine Voraussetzung der Mora. Der Schuldner muß wißen, daß er schuldig sei, oder sein Nichtwißen wenigstens auf einem unentschuldbaren Irrthum beruhen, wenn Mora entstehen soll.[9] Diese mala fides ist im Augenblicke der Entstehung der Mora erforderlich, sie braucht aber keineswegs fortzudauern. Dies zeigt sich z. B. daran, daß die Mora auf die Erben übergeht,[10] denn es kann ja sehr wol der Fall sein, daß der Erbe gar nichts von der Forderung weiß, um deretwillen er in Mora ist. Weiter würde, wenn dauernde

---

[6]) Siehe oben Seite 45 ff. —

[7]) Mommsen, Mora, Ste 319 und Ste 322. —

[8]) Mommsen, Mora, Ste 321. —

[9]) Fr. 5 R. C. 12, 1; fr. 21 i. f. fr. 22 Us. 22, 1; fr. 3 pr. eod. fr. 78 pr. Leg. II; fr. 89 §. 1 ad leg. Falc. 35, 2. —

[10]) Fr. 91 §. 4 V. O. 45, 1. —

mala fides eine Voraussetzung der Mora wäre, eine Consequenz die sein, daß Wahnsinn des Schuldners die Mora aufhöbe, was gewiss niemand wird behaupten wollen.

Auch jede Fristbewilligung enthält keineswegs eine Aufhebung der Mora. Es kommt hier alles auf die Umstände, auf den Willen des Gläubigers an. Man setze folgenden Fall. Ein Gläubiger hat seinen Schuldner schon seit Jahren wiederholt gemahnt, endlich geht ihm die Geduld aus, er setzt ihm eine letzte Frist von acht Tagen mit der Drohung, daß er zur Klage schreiten müße, falls auch diesmal der Schuldner nicht zahlen sollte. Hier ist allerdings dem Schuldner eine achttägige Frist bewilligt, aber unter Umständen, die doch sicherlich nicht annehmen laßen, daß der Gläubiger auf die Folgen der Mora habe verzichten wollen. Ebenso führt uns auch Scävola in fr. 54 de pactis, wie wir im vorigen Paragraphen sahen, ein Beispiel vor, wo ein pactum de non petendo eine einmal begründete Mora bei Bestand läßt. Sollte übrigens Scävola der Ansicht gewesen sein, daß eine Fristbewilligung nie die Mora aufhebe, so würde er ebensosehr Unrecht haben, wie Mommsen. Es ist eine reine Interpretationsfrage, ob in einer Fristbewilligung zugleich ein Verzicht auf die Mora liegt.

Wenn aber weder dauernde mala fides eine Voraussetzung der Mora ist, noch jede Fristbewilligung einen Verzicht auf die Folgen der Mora enthält, so verliert damit schon die Mommsen'sche Auffaßung ihre Anhaltspunkte. Hierzu kommt noch, daß keineswegs in jeder bedingten Novation eine Fristbewilligung enthalten ist. Dies trifft nur zu für die bedingte Novation im engern Sinne. In den beiden andern Novationsfällen liegt mehr vor, das alte Schuldverhältnis ist nicht bloß ein betagtes, sondern ebenso wie das neue ein bedingtes geworden. Am wenigsten passt die Auffaßung einer Fristbewilligung für die bedingte Expromissio, denn jene beruht doch auf einem Vertrage zwischen Gläubiger und Schuldner, während zu dieser der Schuldner gar nicht vonnöthen ist.

Damit dürfte die Ansicht Mommsens widerlegt sein.

Mit den Römischen Juristen versucht Mommsen in folgender Weise fertig zu werden. Venulejus und Julian hätten angenommen, daß die Mora durch Eingehung einer bedingten Novation nicht beendigt werde, insofern aber seien beide verschiedener Meinung gewesen, als Venulejus trotz Unterganges der Sache die Novation bei Eintritt der Bedingung habe zu Stande kommen laßen, während nach Julian eine Novation hier nicht möglich gewesen sei. Eine Vereinigung der betreffenden Stellen, fr. 31 pr. Nov. und fr. 56 §. 8 V. O. wird dann dahin vorgenommen, daß die eine auf bedingte Novation im engern Sinne, die andre sich auf eine bedingte Expromissio beziehe. Wenn man auch für den ersten Fall das Zustandekommen der Novation ungeachtet des inzwischen erfolgten Unterganges des geschuldeten Objects bejahte, so konnte man es doch für den zweiten Fall verneinen, indem man die Auffaßung, daß der Untergang des Objects nicht zu berücksichtigen sei, nur in Beziehung auf den Debitor, der sich einer Mora schuldig gemacht hatte, nicht aber in Beziehung auf den Dritten, dem keine Verschuldung zur Last fiel, gelten ließ. Es ist dies eine von jenen Vereinigungen, mit denen unsere Litteratur wahrhaft überladen ist, wo den Römischen Juristen Entscheidungsgründe angedichtet werden, an die sie im entferntesten nicht dachten. Julian und Venulejus stehen auf einem wesentlich verschiedenen Standpunkte. Ersterer hält am Satze fest, daß aus einer bedingten Novation nichts werden könne, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergegangen, letzterer läßt diesen Satz für die Fälle fallen, wo der Schuldner für Zufall haftet.

Die eben dargestellte Ansicht sei von den späteren Römischen Juristen, Marcell und Ulpian, aufgegeben. Hierbei hat Mommsen sich zunächst in der Chronologie versehen. Es ist nämlich Marcell älter als Venulejus. Marcell war Zeitgenoße von Marc Aurel und Commodus (161—192), Venulejus lebte unter Severus und Caracalla (193—217).[11]

---

[11]) Puchta, Institutionen, Band I, §. 100. —

Marcell scheine die Beendigung der Mora nicht als Folge der in der Eingehung der bedingten Novation liegenden Fristbewilligung angesehen zu haben, vielmehr erkläre er dieselbe auf weit künstlichere Weise, er faße nämlich die Bereitwilligkeit des Schuldners zur Eingehung einer neuen Obligation als eine Oblation auf; und ob Ulpian über die Marcell'sche Auffaßung hinausgekommen, sei jedenfalls zweifelhaft. Demnach könne es fraglich sein, ob auch wir dabei stehen bleiben müßten, doch sei es gewiss der heutzutage zur Anerkennung gelangten freieren Interpretation der Verträge angemeßener, der bedingten Novation die Wirkungen einer Fristbewilligung beizulegen.

Die Römer hatten gutgläubige und strengrechtliche Verträge, im einen Falle interpretirten sie freier, im andern strenger. Sie machten es gerade so wie wir, auch wir interpretiren beim Wechsel anders als z. B. beim Kaufvertrag. Ich wüßte nicht, daß in dieser Beziehung zwischen heutigem und Römischem Rechte ein Unterschied bestände. Dies kann also auch nicht der Grund sein, weshalb wir von der Marcell'schen Oblationstheorie abzugehen haben. Der richtige Grund ist ihre Verkehrtheit. Und diese Verkehrtheit ist nicht etwa aus einer Abweichung zwischen heutigem und Römischem Rechte zu erklären, ist nicht in Umständen zu suchen, die erst nach Marcell eintraten: nein, die Marcell'sche Oblationstheorie war schon in derselben Minute verkehrt, als ihr Urheber sie ausfindig machte.

5) Nach Windscheid[12]) muß unterschieden werden, ob die bedingte Novation sich auf die ursprüngliche Obligation oder auf die durch die Mora gestaltete beziehe. Im ersteren Falle enthalte sie ohne Zweifel eine Fristbewilligung; der Gläubiger habe sich bereit erklärt, mit der Realisirung seiner Forderung noch zu warten. Man könne auch sagen, der Schuldner habe Leistung angeboten, zwar bedingt angeboten, aber doch angeboten; nehme der Gläubiger dieses Anerbieten an, so habe

---

[12]) Heidelberger Kritische Zeitschrift, Band III, Ste 277. —

er damit den Schuldner von den Folgen der Mora entlastet. Dies sei der Gesichtspunkt der L. 72 §. 1 Sol., den freilich §. 3 eodem in seltsamer Weise dadurch confundire, daß er die Realoblation hineinmenge. So wenn sich die Novation auf die ursprüngliche Obligation beziehe, sie könne sich aber auch auf die durch die mora neugestaltete und fortwährend unter dem Einfluße derselben stehende Obligation beziehen, dann wolle sie nicht der Mora ihre Wirkungen entziehen, sondern die Verpflichtung nehmen, wie sie durch dieselbe geworden sei und werde. Von einem solchen Falle sei L. 31 pr. de Nov. zu verstehen.

Es ist sehr richtig, wenn Windscheid darauf gesehen wißen will, ob die Novirenden die Mora in die neue Obligation mithinübernehmen wollten oder nicht; obwol hiervon denn doch nicht alles abhängt. Wenn er dann aber die bedingte Novation als eine Fristbewilligung auffaßt, so gilt auch wider ihn das bei Mommsen Vorgebrachte, und wenn er daneben der bedingten Novation den Character der Oblation aufprägen will, so trifft ihn gleichfalls der Vorwurf, den wir Puchta machen mußten. Nicht erst im §. 3 von fr. 72 Sol. denkt Marcell an die Realoblation, diese hat ihm schon im §. 1 vorgeschwebt, er verweist im §. 3 schon ausdrücklich auf den oben vorgebrachten Entscheidungsgrund „rationi, quam supra reddidimus.“ Auch laßen sich fr. 72 §. 1 Sol. und fr. 31 pr. Nov. nicht in der Weise vereinigen, wie von Windscheid geschehen. In beiden Fällen ist auf's neue die geschuldete Sache schlechthin versprochen, es bezieht sich also, um mit Windscheid zu reden, die bedingte Novation in beiden Fällen nicht auf die durch die Mora gestaltete, sondern auf die ursprüngliche Obligation.

Darüber, daß Windscheid fr. 56 §. 8. V. O. als gar nicht hierher gehörig betrachtet, haben wir schon oben gesprochen.[13] —

---

[13]) Siehe oben Ste 64 ff. —

Resultate.

§. 10.

In diesem Paragraphen sollen die Resultate, die wir bisher gefunden haben, kurz zusammengestellt werden.

I. Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei nicht vorhandener Mora.

Servius Sulpicius ließ die bedingte Novation gerade so auf die ursprüngliche Obligation einwirken, wie die unbedingte, Labeo behandelte umgekehrt trotz bedingter Delegation die alte Obligation als unbedingte. Javolen nahm an, daß die ursprüngliche Obligation durch bedingte Novation in eine umgekehrt-bedingte verwandelt werde, während Gajus im Abschluß einer bedingten Novation zugleich ein pactum, während schwebender Bedingung nicht klagen zu wollen, erblickte. Paulus unterschied zwischen bedingter Novation im engeren Sinne und bedingter Expromissio, nur für die letztere sei das Javolen'sche Princip richtig, während die herrschende Ansicht zu seiner Zeit dieses auf alle drei Novationsfälle für anwendbar hielt. Die Ansichten anderer Römischer Juristen ordnen sich den Aussprüchen dieser fünf entweder vollständig unter, oder lehnen sich an sie doch in einer Weise an, daß sie auf Selbstständigkeit nicht wol Anspruch haben. So schwankt Julian zwischen der Auffaßung des Javolen und Labeo hin und her. Marcell mußten wir, nach der Consequenz, welche er in fr. 14 pr. Nov. zieht, zu den plerique zählen, von denen Paulus spricht, obschon er in fr. 72 §. 1 Sol. anfangs wenigstens Miene macht, dem Irrwege Julian's nachzugehen.

Als richtige Ansicht lernten wir die kennen, daß zwar bedingte Expromissio und Delegatio die ursprüngliche Obligatio in eine umgekehrt-bedingte verwandle, daß aber bedingte Novation im engeren Sinne das Schuldverhältnis nur zu einem unbestimmt-betagten mache.

II. Einfluß der unbedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora.

Hier stellte sich als Ergebnis heraus, daß es ganz vom Willen der Novirenden abhänge, ob und in welchem Umfange sie die Mora in die neue Obligation mithinübernehmen wollten.

III. Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligation bei vorhandener Mora.

Julian behauptete, daß im Falle der bedingten Expromissio, wenn die Sache während schwebender Bedingung untergehe, sofort und unter allen Umständen gegen den alten Schuldner geklagt werden könne. Marcell ließ durch jede Art von Novation, bedingte sowohl wie unbedingte, ja selbst durch nichtige, die Mora aufgehoben sein, falls nur bei Eingehung der Novation die Sache gegenwärtig war. Papinian sah von dem Erforderniß ab, daß die Sache gegenwärtig sein müße, beschäftigte sich übrigens nur mit der unbedingten Novation. Ulpian vertritt sowol die Ansicht Marcell's als die Papinian's. Venulejus nimmt in Abrede, daß durch bedingte Novation im engern Sinne die Mora aufgehoben werde.

Der richtigen Ansicht zufolge war zu unterscheiden. Trete die Bedingung für die Novation ein, so sei es so gut, als ob gleich anfangs unbedingt novirt worden, es komme also für das Fortbestehen der Mora auf den Willen der Novirenden an. Bei fehlschlagender Bedingung mußten wir für die bedingte Expromissio den Satz aufstellen, daß der ursprüngliche Schuldner sich nach wie vor in Mora befinde, daß aber bei bedingter Delegation und Novation im engern Sinne die alte Obligation mit der neuen das nämliche Schicksal theile. —

IV. Bedeutung der hier behandelten Fragen für das heutige Recht.

§. 11.

Wie es sich mit der Novation im heutigen Rechte verhalte, ist ein noch immer zu lösendes Problem. Zwar kann es nicht meine Absicht sein, diese Frage hier in ihrem ganzen Umfange, und wie sie es verdiente, zu erörtern, das würde über den Plan der vorliegenden Abhandlung weit hinausführen. Allein auf der andern Seite habe ich mich doch einmal mit dieser Materie beschäftigt, und da mir eine Behandlung des Römischen Rechtes in der Weise, daß man sich um das heutige Rechtsleben nicht bekümmert, eine große Halbheit zu sein scheint, so will ich wenigstens in kürze ausführen, wie ich mir die Novation im heutigen Rechte denke, und wie weit insonderheit heutzutage noch eine bedingte Novation vorkommen kann.

Nach Römischem Rechte wurde die Novation durch Stipulatio herbeigeführt. Wir haben keine Stipulation mehr. Ist nun damit die Novation überhaupt weggefallen, oder kann sie bei uns auf andere Weise vorkommen? —

Die Ansichten gehen hier sehr auseinander. So sagt z. B. Göschen:[1] „Die neue Obligation muß nothwendig auf einem Vertrage beruhen; und zwar fordert das Römische Recht, daß dieser Vertrag eingegangen werde in der Form der Stipulation. Für unser heutiges Recht bleibt bloß die Noth-

---

[1]) Göschen, Civilrecht, Band II, §. 453. —

wendigkeit eines Vertrages übrig, da wir die Stipulation nicht mehr kennen." — Gneist[2]) gelangt zu einem ganz entgegengesetzten Ergebnis, „daß im heutigen Recht die Novation im Römischen Sinne nicht mehr vorkommen kann".

Wir müßen, um die gestellte Frage beantworten zu können, das aufsuchen, was der Novation charakteristisch ist. In dieser Beziehung ist einerseits darauf aufmerksam zu machen, daß durch die neue Obligation die alte noch immer durchschimmert; es ist möglich, daß der materielle Inhalt der alten trotz Eingehung der neuen Obligation noch geltend gemacht werden kann. Es besteht keine solche materielle Verschiedenheit, daß nicht beide Obligationen gleichzeitig denkbar sein sollten. Damit hängt zweitens zusammen, daß die Novation auf dem Willen der Novirenden beruht. Es kann die Absicht entweder dahin gehen, durch Novation die alte Obligation zu beseitigen, die neue also an die Stelle der alten treten zu laßen; es ist aber auch möglich, daß die neue Obligation zur alten hinzutritt, und zwei Obligationen vorhanden sind.

Dieser zweite Satz ist namentlich sehr deutlich in c. ult. C. de Nov. 8, 42 ausgesprochen: „sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint."

Auf die erstere Eigenthümlichkeit muß ich etwas genauer eingehen. Es ist hier zwischen den einzelnen Novationsfällen zu unterscheiden. Es wird sich zeigen, daß das Gesagte nicht in dem Grade für die Delegation wie für die beiden andern Novationsfälle zutrifft.

Betrachten wir zuerst die Novation im engern Sinne.[3]) Hier ist zunächst theils allgemein[4]), theils in besonderen Anwendungsfällen ausgesprochen, daß, wenn bei Eingehung der neuen Obligation ein Irrthum über das alte Schuldverhältnis

---

[2]) Gneist formelle Verträge, Seite 229. —

[3]) Vgl. Bähr Anerkennung, Ste 97, 98. —

[4]) C. 6 C. de jur. & facti ign. I, 18; c. 3 C. de cond. indeb. 4, 5. —

obwaltete, dies durch condictio oder exceptio geltend gemacht werden könne. Z. B. in Folge eines Rechnungsfehlers ist zu viel versprochen.[5]) Es hat jemand dem Gläubiger mehr versprochen, als auf seinen Erbtheil kommt.[6]) Ein Testamentserbe hat den Vermächtnisnehmern Caution gestellt, ohne hiezu verpflichtet zu sein.[7]) Es hat jemand versprochen, der aus einer Bürgschaft[8]) oder einem Vermächtnis[9]) verpflichtet zu sein glaubte. Ein Patron hat das ihm auferlegte Fideicommiss versprochen, während er nur auf den Pflichttheil eingesetzt ist.[10]) Ein Mann hat seiner Frau nach der Scheidung mehr versprochen, als sie ihm eingebracht hatte.[11]) Ein Hausvater hat aus Irrthum die Rückzahlung eines Darlehens versprochen, das er als Haussohn aufgenommen hatte.[12]) — Dabei soll es mit der Entschuldbarkeit des Irrthums weit leichter als sonst genommen,[13]) auch ein Rechtsirrthum soll berücksichtigt werden.[14]) — Aber auch abgesehen von Irrthum kann das alte Schuldverhältnis zur Sprache gebracht werden. So wird z. B. mit Bezug auf die Stipulatio legatorum servandorum causa ganz allgemein gesagt:[15]) „Huic stipulationi easdem causas et conditiones inesse sciendum est; proinde si qua sit exceptio, quae petenti legatum opponi solet, eandem ex stipulatu quoque agenti opponendam esse placet.“ Ferner ist, wenn für einen Sclaven, der redhibirt worden, der Kaufpreis stipulirt war, die Einrede zuläßig: „quod pecunia ob hominem illum expromissa est, qui redhibitus est.“[16]) — In den ange-

[5]) C. un. C. de err. calc. 2, 5. —
[6]) Fr. 31 de cond. indeb. 12, 6. —
[7]) Fr. 1 pr. Ut in poss. leg. 36, 4. —
[8]) C. 15 C. de fidej. VIII, 41. —
[9]) Fr. 5 §. 1 A. E. V. 19, 1. —
[10]) Fr. 20 pr. de dorf. 39, 5. —
[11]) Fr. 66 §. 4 S. M. 24, 3.
[12]) Fr. 20 S. C. Mac. 14, 6. —
[13]) d. c. 3 C. de cond. indeb. 4, 5, vba: „multo facilius“. —
[14]) d. Fr. 1 pr. Ut in poss. leg. 36, 4. —
[15]) Fr. 1 §. 14 Ut leg. 36, 3. —
[16]) Fr. 14 de exc. 44, 1. —

führten Stellen ist zwar nicht allemal gesagt, daß die neue Stipulation in novirender Absicht abgeschloßen worden, auch mag nicht immer an Novation gedacht sein; allein für diese Frage macht es auch keinen Unterschied, ob die Stipulation mit novirender oder mit accessorischer Wirkung dem Forderungsrechte hinzutritt.[17] — Während so auf der einen Seite die alte Obligation noch in der neuen fortlebt, ist es auf der andern Seite freilich auch möglich, daß der materielle Gehalt der neuen Obligation sich von dem der alten wesentlich unterscheidet. So liegt z. B. ein Verzicht auf die Einreden vor, wenn ein Schuldner, welcher dieselben kennt, auf's neue verspricht.[18] Besonders bestimmt ist, daß ein Erbe, welcher die volle Auszahlung der Vermächtnisse versprochen hat, von seinem Abzugsrecht der Falcidischen Quart keinen Gebrauch mehr machen darf.[19] Auch kann in der Novation ein Vergleich stecken.[20] — In den Fällen, wo lis infitiando crescit, wird es als Vergleich betrachtet, wenn der Schuldner das simplum auf's neue promittirt, dergestalt, daß eine derartige promissio durch condictio indebiti bezw. exceptio nicht angefochten werden kann.[21] — Abgesehen von Verzicht oder Vergleich muß man aber sagen, daß der materielle Inhalt der alten Obligation der neuen Stipulatio gegenüber, sei es nun durch condictio oder exceptio, zur Geltung gebracht werden kann.

Wie mit der Novation im engern Sinne verhält es sich auch mit der Expromissio. Stellen, die dies ausdrücklich besagen, habe ich freilich nicht auffinden können. Allein es ist kein Grund einzusehen, warum es hier anders gewesen sein sollte. Auch legt eine Stelle diese Folgerung nahe genug. In fr. 1 §. 8 quarum rerum actio non datur 44, 5, ist aus-

---

[17]) Siehe Bähr a. a. O. Ste 99. —

[18]) Fr. 24, 62 de cond. indeb. 12, 6; fr. 47 de op. lib. 38, 1. —

[19]) C. ult. C. ad leg. Falc. VI, 50; vgl. dazu fr. 46 ad leg. Falc. 35, 2 und fr. 20 §. 1 de don. 39, 5. —

[20]) C. 6 C. de jur. & facti ign. I, 18. —

[21]) C. 4 C. de cond. indeb. 4, 5. — Vgl. Savigny System Band VII, Ste 35. —

gesprochen, daß die exceptio onerandae libertatis causa weder dem Bürgen noch demjenigen zu versagen sei, qui rogatu liberti reus factus est. Unter diesem reus hat man sich eine Mittelsperson zu denken, die es gar nicht zur promissio des libertus kommen läßt, sondern durch ihr Eintreten diese promissio abwendet. Wenn aber ein solcher reus diese exceptio hat, so muß sie auch derjenige haben, welcher eine bereits zwischen libertus und Patron zu Stande gekommene Obligation für den libertus auf sich nimmt, d. i. der Expromissor.

Verwickelter wird die Sachlage bei der Delegation, d. i. dem Falle, wo ein neuer Gläubiger eintritt. Ehe ich indes hierzu übergehe, sei es mir gestattet, den Unterschied zwischen Expromissio und Delegation in novirender Absicht scharf hervorzuheben. Bei der expromissio tritt ein neuer Schuldner an die Stelle eines alten, bei der Delegation ein neuer Gläubiger an die Stelle eines früheren. Man ist einer Verwechslung beider Begriffe namentlich da leicht ausgesetzt, wo durch eine promissio zwei Schuldverhältnisse abgewickelt werden sollen. Wenn z. B. X Schuldner des A, und A Schuldner des B, so können beide Schuldverhältnisse auch durch eine Expromission beseitigt werden. Dann muß X dem B versprechen, was er von A zu fordern hat, und A dagegen seine Forderung quitiren. Wollen sich aber die Contrahenten der Form der Delegation bedienen, so tritt nicht X in die Forderung des B an A als Schuldner ein, sondern in dem Schuldverhältnisse, das zwischen A und X bestand, wird B an A's Stelle der Gläubiger. Wenn daneben auch die Forderung des B an A erlöschen sollte, so geschah dies, weil B statt einer Forderung an den A mit der Forderung an den X zufrieden sein wollte, weil er für eine Forderung eine andere an Zahlungsstatt angenommen hatte. — Auch werden hier nicht etwa durch e i n e promissio z w e i Forderungen novirt, das wäre eine Unmöglichkeit.[22]

---

[22]) Anderer Meinung Thöl Handelsrecht, Band I, §. 132 unter 5.—

Bei der Delegation konnte der Schuldner nicht in gleichem Umfange wie in den andern beiden Fällen das alte Schuldverhältnis dem neuen Gläubiger gegenüber zur Geltung bringen, es hätte denn die Absicht dahin gehen müßen, genau dieses alte Schuldverhältnis wiederum zum Inhalt der neuen Obligation zu machen, wie dies z. B. vorlag, wenn der vom Verkäufer delegirte Käufer dem Delegatar „quidquid ex vendito dare facere oportet“ versprach.[23]) Das scheint indes der seltenere Fall und die Regel vielmehr die gewesen zu sein, daß der delegirte Schuldner dem Delegatar den geschuldeten Gegenstand z. B. die Summe Geldes schlechthin versprach. Jedoch auch hier wirkte die alte Obligation in mancherlei Beziehung nach. So hatte, wenn ein vermeintlicher Schuldner delegirt war, dieser gegen den Deleganten vor der Zahlung eine condictio auf Liberirung, nach der Zahlung auf Erstattung des Geleisteten.[24]) In wie weit indes der Delegirte das alte Schuldverhältnis selbst dem Delegatar gegenüber zur Sprache bringen konnte, das hing von der causa delegationis, hing davon ab, welches Rechtsverhältnis zwischen Delegant und Delegatar bestand. Es konnte der Delegatar bloßer Einkassirungsmandatar des Deleganten sein: hier stand der Delegirte dem Delegatar gegenüber gerade so da, als wenn er mit seinem Gläubiger novirt hätte.[25]) War der Delegant ein donaturus, so behielt der Delegirte gleichfalls seine Einreden.[26]) Man nahm also an, daß der Delegant nicht mehr habe schenken wollen, als er wirklich vom Delegirten zu fordern hatte; war demnach der Delegirte nur ein vermeintlicher Schuldner, so konnte er dies Verhältnis einredeweise auch dem Delegatar gegenüber geltend machen, damit sein Delegant keinem Regreßanspruche von seiner Seite ausgesetzt

---

[23]) Fr. 27 Nov. 46, 2. — Vgl. Thöl Handelsrecht, Band I, §. 131, Text bei Note 5. —

[24]) Fr. 9 §. 1 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4. —

[25]) Fr. 4 §. 19 de doli exc. 44, 4. — Vgl. fr. 10 §. 6. Mand. 17, 1 und fr. 6 Quod cum eo 14, 5. —

[26]) Fr. 7 pr. de doli exc. 44, 4. —

wurde. Ebenso stand es, wenn ein vermeintlicher Schuldner einem vermeintlichen Gläubiger delegirt war.[27]) Es sollte auf diese Weise einmal ein überflüßiges Hinundherzahlen vermieden werden, andererseits sollte der Delegant nicht durch etwa eintretende Zahlungsunfähigkeit des Delegatars, noch der Delegat durch etwa eintretende Zahlungsunfähigkeit des Deleganten leiden. Nur wenn man vom Delegatar sagen konnte „suum negotium gerit" „suum petit" „suo nomine agit", wie dies z. B. vorlag, wenn einem wirklichen Gläubiger delegirt war, wurde der delegirte Schuldner mit seinen Einreden dem Delegatar gegenüber regelmäßig nicht gehört.[28]) Sehr lehrreich ist der Fall, wenn ein vermeintlicher Schuldner einem Ehemann zwecks Dosbestellung delegirt worden. Klagt hier der Ehemann während der Ehe, so führt er „suum negotium", klagt er aber erst nach bereits wieder aufgehobener Ehe, so erscheint er insoweit nur als Eincassirungsmandatar der Frau, als er an diese das Eingezahlte wieder herausgeben muß. Daher kann der Delegirte zwar nicht im ersten Falle, wol aber im zweiten seine Einreden soweit vorbringen, als die Dos wieder an die Frau zurückgeht.[29])

Es kann hier nicht meine Absicht sein, ausführlich zu erörtern, wie es sich mit den Einreden des Delegaten dem Delegatar gegenüber verhalte, nur auf den Nachweis kam es mir hier an, daß auch bei der Novation, welche durch Delegation herbeigeführt wird, ebenso wie in den andern beiden Fällen, der materielle Inhalt der alten Obligation, wenn zwar in geringerem Umfange, noch geltend gemacht werden kann. —

So ist denn die Obligation, welche uns die Novation bringt, keine wesentlich neue, sie lehnt sich mehr oder weniger

---

27) Fr. 7 §. 1 de doli exc. 44, 4. —

28) Fr. 19, 12, 13 Nov. 46, 2; fr. 4 §. 20 de doli exc. 44, 4 u. a. m. — Ausnahmen von der Regel sind z. B. enthalten in fr. 37 §. 4 de op. lib. 38, 1; fr. 26 §. 12 de cond. ind. 12, 6. —

29) Fr. 9 §. 1 de cond. c. d. c. n. s. 12, 4 vgl. mit fr. 5 §. 5 de doli mali 44, 4, vba.: „nisi jam divertit" und fr. 41 pr. de re jud. 42, 1, vba.: „maxime (versteht sich) si constante matrimonio petat."—

an die alte an, der Inhalt der alten Obligation kann möglicherweise noch dem neuen Stipulationsgläubiger gegenüber zur Geltung gebracht werden.

Damit hängt, wie schon gesagt, die zweite Eigenthümlichkeit, daß die Novation auf dem Willen der Novirenden beruhe, innig zusammen. Denn wären beide Obligationen materiell so wesentlich verschieden, daß die eine die andere mit Nothwendigkeit ausschlöße, so könnte von einer Wahl zwischen Nebeneinanderbestehenlaßen beider oder Hinnahme der neuen statt der ältern Obligation nicht die Rede sein, es könnte nicht vom Willen der Novirenden abhängen, was mit Nothwendigkeit geschähe. Zwei so wesentlich verschiedene Obligationen sind z. B. Darlehen und Depositum; es kann niemand dieselben 100 aus einem Depositum und Darlehen zugleich, sondern nur aus Depositum oder Darlehen schuldig sein. Daher ist es nichts weniger als Novation, wenn ein Gläubiger mit seinem Schuldner übereinkommt, daß er das Geld, welches bisher bei ihm deponirt war, von jetzt an aus einem Darlehen schulden solle, ganz abgesehen davon, daß derartige Fälle von den Römern, obwol sie auch bei ihnen vorkommen,[30]) der Novation nicht beigezählt sind. Es wird hier allerdings eine Obligation aufgehoben und an deren Stelle eine andere gesetzt, aber nicht überall, wo an die Stelle einer alten Obligation eine neue tritt, liegt Novation vor; es dürfen diese beiden Obligationen nicht in dem Grade von einander verschieden sein, daß sie sich mit Nothwendigkeit gegenseitig ausschließen.

Behält man diese beiden Eigenthümlichkeiten der Novation im Auge, so muß man zugeben, daß der Formalcontract vorzugsweise geeignet ist, eine Novation herbeizuführen. Denn ein Formalcontract pflegt sich einerseits an eine vorhandene Obligation anzulehnen, und ist andererseits wieder von dieser nicht in dem Maaße verschieden, daß er nicht neben derselben bestehen könnte.

---

[30]) Fr. 9 §. 9 R. C. 12, 1. —

Auch wir besitzen Formalcontracte. Wie viele? und welche? muß hier unerörtert bleiben. Unbestritten aber ist es, daß solche Formalcontracte im eignen Wechsel und der Tratte enthalten sind. Auf diese Formalcontracte will ich mich hier beschränken und untersuchen, in wie weit mittels derselben Novation möglich sei.

Was zunächst den eigenen Wechsel anbetrifft, so läßt sich derselbe, gerade so wie die Stipulation, zur Novation im engern Sinne, Delegation, Expromissio, also in allen drei Beziehungen, verwenden. Es kann einmal unter den nämlichen Subjecten an die Stelle etwa einer Buchschuld eine Wechselschuld treten. Anlangend die Einreden aus dem alten Schuldverhältnis wird man auch hier sagen müßen, daß sie geltend gemacht werden können, soweit kein Vergleich oder Verzicht vorliegt, nur daß wegen der illiquiden bei uns eine Verweisung zur besonderen Ausführung erfolgt. Dann kann auch ein dritter mittels Ausstellung eines Wechsels eine Schuld für einen andern übernehmen; von den Einreden muß hier das Nämliche gelten, wie im Falle vorhin. Endlich ist auch Delegation mittels eignen Wechsels möglich, also auch Delegation in novirender Absicht. Es kommt vor, daß der alte Gläubiger einem Dritten den Auftrag gibt, sich vom Schuldner einen Wechsel ausstellen zu laßen. Dies kann ebenso wie bei der Römischrechtlichen Delegation die mannigfaltigsten Veranlaßungen haben. Z. B. ein Advocat erhält Auftrag, jemand zu verklagen, vorher aber zuzusehen, ob er nicht eines Wechsels habhaft werden könne. Wenn dieser Advocat den Wechsel auf seinen Namen ausstellen läßt, so ist das Verhältnis zwischen Wechselgläubiger und altem Gläubiger das eines Eincassirungsmandates, es muß demnach dem Schuldner verstattet sein, sämmtliche Einreden so vorzubringen, wie wenn der alte Gläubiger der Wechselgläubiger geworden wäre. Es kann auch sein, daß der alte Gläubiger dem Wechselgläubiger schenken wollte. Auch hier wird man sagen müßen, daß er nicht mehr habe schenken wollen, als er wirklich zu fordern hatte, daß daher der Wechselgläubiger sich die Einreden alle gefallen laßen muß, die dem ur-

sprünglichen Gläubiger selbst entgegengestanden hätten. War aber der dritte ein Gläubiger seines Auftraggebers, so trifft auch hier zu „suum negotium gerit“.

So laßen sich denn die drei Römischen Novationsfälle bei uns durch eigenen Wechsel genau reproduciren. Was aber unsere Tratte anbetrifft, so bietet das Römische Recht für dieselbe kein Analogon. Man hat die acceptirte Tratte wol mit der Römischrechtlichen Delegation verglichen, und dies wäre auch noch das einzige Rechtsinstitut, dem sie sich an die Seite stellen ließe; allein zwischen beiden finden doch zu wesentliche Verschiedenheiten statt. Bei der Delegation entsteht ein neuer Formalcontract, und dieser läßt, wenigstens hier und da, das unterliegende Verhältnis z. B. die alte Obligation noch durchschimmern, dagegen durch das Accept einer Tratte werden sofort drei Formalcontracte begründet. Es haftet nämlich nicht bloß der Acceptant dem Remittenten, sondern auch der Aussteller dem Remittenten, und ferner der Acceptant dem Aussteller wechselmäßig.[31]) Die Wechselverpflichtung zwischen Remittent und Acceptant ist eine unbedingte, die andern beiden sind bedingte, nämlich bedingt durch den Umstand, daß der Acceptant dem Remittenten nicht rechtzeitig zahlt. Das ist schon eine Verschiedenheit, daß hier drei, und bei der Delegation nur ein Formalcontract entsteht. Dann hat es aber weiter mit derjenigen Wechselverpflichtung, die sich allein mit der promissio des Delegaten vergleichen ließe d. i. der zwischen Remittent und Acceptant eine wesentlich andere Bewandtnis. Der Delegat kann doch wenigstens noch hie und da sein Verhältnis zum Deleganten dem Delegatar gegenüber zur Sprache bringen, dagegen dem Remittenten gegenüber sind ausnahmslos sämmtliche Einreden aus dem Verhältnisse zwischen Acceptant und Trassant ausgeschlossen.[32]) — Es ist allerdings möglich, daß ein Gläubiger gegen Accept einer Tratte, die er auf seinen Schuldner

---

[31]) Art. 8 u. Art. 23 der A. D. W. O. —

[32]) A. D. W. O. Art. 82. —

gezogen hat, eine Schuld quitirt, angesichts der angeführten Verschiedenheiten zwischen Trattenaccept und Delegation, also auch zwischen Quitirung gegen Trattenaccept und Novation mittels Delegation, möchte ich es jedoch vorziehen, diesen Fall der Römischrechtlichen Novation nicht unterzuordnen. Auch wir haben unsere Delegation, auch wir können mittels Delegation noviren, wir müßen diese Delegation nur nicht in der Tratte suchen, bei uns wird die Delegation mittels eignen Wechsels vollzogen, und dies ist so gar ein häufig vorkommendes Rechtsgeschäft.

Das Ergebnis ist demnach, daß auch bei uns durch Formalcontract novirt werden kann; der eigne Wechsel vertritt hier die Stelle der Römischen Stipulatio; und wie durch Stipulatio nicht bloß eine neue Obligation unter den alten Subjecten möglich war, sondern auch an die Stelle des früheren Schuldners ein neuer Schuldner oder an die Stelle des alten Gläubigers ein neuer Gläubiger treten konnte, so ist auch der eigne Wechsel in allen drei Beziehungen verwendbar. Dabei ist zu bemerken, daß der eigne Wechsel als Repräsentant derjenigen Formalcontracte anzusehen ist, welche nicht, wie dies bei der Tratte der Fall, noch eine dritte Person vonnöthen haben. Was dann diese Tratte betrifft, so ist sie in der That ein Rechtsinstitut, dem sich aus dem Römischen Recht keins an die Seite stellen läßt; wenn daher auch Tratten in der Absicht acceptirt werden können, daß dagegen ein früheres Schuldverhältnis aufgehoben sein solle, so unterläßt man es doch besser, diese Fälle der Novation beizuzählen, weil uns nicht damit gedient sein kann, ein möglichst vages Rechtsinstitut zu erhalten.

Somit hätten wir denn gesehen, in wie weit heutzutage noch durch Formalcontract novirt werden kann; zu untersuchen bleibt noch, in wie fern heutzutage daneben durch formlosen Vertrag Novation möglich sei. Ehe ich indes dazu übergehe, muß ich vorher noch eine andere Frage besprechen.

Ich ließ es vorhin an der Thatsache genug sein, daß auch wir formelle Verträge haben, daß solche namentlich im

eignen Wechsel und der Tratte enthalten wären. Eine Erörterung darüber, was alles im heutigen Recht als formeller Vertrag anzusehen sei, sollte ausgeschloßen bleiben. In einer Beziehung muß ich hiervon indes eine Ausnahme machen, wenigstens insofern, als ich meine Ansicht darüber nicht vorenthalten kann, ob ein Versprechen ohne causa, ohne Rechtsgrund, klagbar, mithin in einem solchen Versprechen, falls es schriftlich gegeben, ein formeller Vertrag zu finden sei.

Ein solches Versprechen ohne Rechtsgrund läßt sich nämlich sowol mündlich als schriftlich denken. Einem derartigen mündlichen Versprechen aber Klagbarkeit beizulegen, kann kaum jemand in Ernst beifallen. Es bleibt demnach nur das schriftliche Versprechen ohne Rechtsgrund zu betrachten übrig.

Bähr[33]) unterscheidet bei den formellen Verträgen zwischen einem positiven und negativen Elemente. Das negative Element der formellen Verträge soll darin bestehen, daß „die durch sie begründete Verpflichtung ohne Rücksicht auf den mit ihr correspondirenden juristischen Grund zu Recht besteht," das positive darin, daß „der Willensausdruck bei ihnen an eine genau bestimmte Form gebunden ist." Wäre aus einer Urkunde mit einem Versprechen ohne Rechtsgrund Klage zuläßig, so würden in der That beide Elemente des formellen Vertrags vorhanden sein, es würde auch an der positiven Form nicht fehlen, denn diese bestände in der Schriftlichkeit.

Ich kann mich nicht dazu entschließen, ein Versprechen ohne Rechtsgrund für klagbar zu halten, mithin in einer derartigen Urkunde einen formellen Vertrag zu erblicken. Ich meine, wir bedürften hierzu bestimmter gesetzlicher Vorschriften, an denen es fehlt, denn ein Gewohnheitsrecht oder eine Praxis dürfte nicht zu erweisen sein, eher wol das Gegentheil,[34]) und aus sich selber heraus kann die Wißenschaft einen solchen Rechtssatz nicht erzeugen. — Davon aber abgesehen kann ich einen solchen Satz, legislatorisch betrachtet, gar nicht für

[33]) Bähr Anerkennung §. 8. —

[34]) Siehe die folgende Anmerkung. —

wünschenswerth halten: ich vermöchte kein praktisches Bedürfnis anzugeben, welches derselbe befriedigte. Wer ein, abgesehen vom Rechtsgrunde, klagbares Versprechen haben will, mag sich des Wechsels bedienen. Wenn eine Urkunde mit einem Versprechen, dem A 100 zu zahlen, klagbar sein sollte, so hätte eine solche Urkunde, abgesehen von der Wechselhaft, dieselbe practische Bedeutung, wie ein eigner Wechsel nicht an Ordre: das kann aber bei Anfertigung der Wechselordnung unmöglich beabsichtigt sein. Die Frage, ob eine Urkunde mit einem Versprechen ohne Rechtsgrund klagbar sei, ist identisch mit der, ob eine zum Executiv-Processe geeignete Urkunde den Grund der Forderung enthalten müße. Denn hält man einmal eine Urkunde mit einem Versprechen, dem A 100 zu zahlen für klagbar, so muß man dann auch, da der Klagegrund liquide, den Executivproceß zulaßen. Nun hat aber eine langjährige Praxis als Erfordernis für eine zum Executivproceß taugliche Urkunde Angabe der causa debendi hingestellt,[35]) und von dem, was so lange Jahre Rechtens gewesen, sollte man ohne Noth nicht abgehen.

Nach dieser Zwischenbemerkung kehre ich wieder zur aufgeworfenen Frage zurück, in wie fern heutzutage durch formlosen Vertrag Novation möglich sei. Ich werde die einzelnen Novationsfälle durchgehen.

Was zunächst die Novation im engern Sinne anbetrifft, so vermöchte ich nicht anzugeben, wie sich hier eine Novation durch formlosen Vertrag herbeiführen ließe. Allerdings kommt es häufig vor, daß ein materieller Vertrag an die Stelle eines andern gesetzt wird, daß z. B. wer 100 aus einem Kaufe schuldet, für die Zukunft ein Darlehensschuldner wird.

---

[35]) Zu vergleichen Schlesinger zur Lehre von den Formalcontracten, Leipzig 1858, §. 9. — Wegen der Praxis in Mecklenburg vgl. Trotsche Materialien zu einem Handbuche des Mecklenburg-Schwerinschen Particular-Civil-Processes. Wismar und Ludwigslust 1853. Band II, Ste. 26. — Beilagen zu den wöchentlichen Rostockschen Nachrichten 1831 Nr. 16 r. — In der Wismarschen Niedergerichtsordnung vom 15. Januar 1840 §. 145 ist der Satz gesetzlich festgestellt. —

Allein das ist keine Novation. Denn zwei materielle Verträge werden stets in dem Verhältnisse zu einander stehen, daß sie sich gegenseitig mit Nothwendigkeit ausschließen. Als eine Eigenthümlichkeit der Novation lernten wir aber kennen, daß sie auf dem freien Willen der Novirenden beruhe; von freiem Willen kann aber nicht die Rede sein, wo die Nothwendigkeit ihr Recht fordert. Es fehlt demnach für diese Fälle an den characteristischen Erfordernissen der Novation. — Wer eine Urkunde mit einem Versprechen ohne Rechtsgrund für klagbar hält, würde allerdings consequenter Weise auch mittels solcher Urkunde eine Novation für möglich halten müßen. Allein damit wäre noch immer nicht die Möglichkeit einer Novation im engern Sinne mittels formlosen Vertrages bewiesen, denn ist eine solche Urkunde klagbar, so enthält sie auch gleichzeitig einen formellen Vertrag. Novation im engern Sinne durch formlosen Vertrag ist demnach undenkbar.

Anders steht es um die Expromissio. Es kann jemand durch formlosen Vertrag die Schuld eines andern auf sich nehmen, auch in der Weise, daß dieser andere wider Wißen und Willen frei wird.[36]) Ein solcher Vertrag entbehrt nicht des Rechtsgrundes, er entlehnt ihn aus der alten Obligation. Hier liegen die characteristischen Eigenthümlichkeiten der Novation vor: der Stoff der alten Obligation ist für die neue verwandt, und beide Obligationen stehen in dem Verhältnisse zu einander, daß sie sich nicht mit Nothwendigkeit gegenseitig ausschließen; es hängt vom Willen der Novirenden ab, ob die alte Obligation neben der neuen fortdauern oder ob sie untergehen soll. — Wir haben demnach im heutigen Recht eine zweifache Expromissio: eine durch formellen und eine durch formlosen Vertrag. Beide unterscheiden sich, wie sich formelle und formlose Verträge bei uns überhaupt unterscheiden. Bei einer Klage, die sich auf einen liquiden formellen Vertrag stützt, werden illiquide Einreden zur besondern

---

[36]) Die Bedenken, welche Schlesinger a. a. O. Seite 119 hier hegt, kann ich nicht theilen. —

Ausführung verwiesen, und manches was bei der formellen Expromissio als Einrede erscheint, wird bei der formlosen einen Bestandtheil des Klagegrundes bilden müßen.

Am allerschwierigsten ist die Frage, ob die dritte Form der Novation heutzutage durch formlosen Vertrag möglich sei. Die Antwort hängt von der Erörterung einer andern Frage ab, ob es nämlich eine Delegation durch formlosen Vertrag überall gibt. Dies wird jetzt zu untersuchen sein.

Bis dahin kümmerte uns die Delegation nur insofern, als das Verhältnis zwischen dem Deleganten und Delegaten ein Schuldverhältnis war, und der schuldende Delegat im Delegatar einen neuen Gläubiger erhielt. Es wäre nicht gut thunlich, nur zu erörtern, ob insoweit die Delegation durch formlosen Vertrag bewerkstelligt werden könne, ich habe daher allgemeiner gefragt, ob eine Delegation durch formlosen Vertrag überhaupt möglich sei. —

Die der Delegation zu Grunde liegenden Verhältnisse können sehr mannigfaltiger Art sein.[37]) Die causa delegationis, das Verhältnis zwischen Delegant und Delegatar ist so verschiedenartig, wie die causa cessionis, das Verhältnis zwischen Cedent und Cessionar; ebensowenig braucht zwischen Delegant und Delegat ein Schuldverhältnis obzuwalten, es können auch zwischen diesen beiden durch die promissio des Delegaten an den Delegatar die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte abgeschloßen werden. Es kann z. B. der Delegat an den Delegatar versprechen in der Absicht und mit der Wirkung, den Deleganten zu seinem Darlehnsschuldner zu machen,[38]) oder ihm eine Schenkung zuzuwenden.[39]) Wenn demnach weder zwischen Delegant und Delegat noch zwischen Delegant und Delegatar ein Schuldverhältnis erforderlich ist, so kann es auch vorkommen, daß der Delegant weder Schuldner des Delegatars noch Gläubiger des Delegaten ist, sondern z. B.

[37]) Vgl. Thöl Handelsrecht Bd. I §. 128. —

[38]) Fr. 19 §. 3 de inst. act. 14, 3. Statt „qui pecuniam foeneravit“ ist hier zu lesen „cui pecuniam foeneravit.“ —

[39]) Fr. 21. pr. don. 39, 5. —

der Delegat dem Deleganten und dieser dem Delegatar schenken will.[40])

Ich will zunächst von dem gewöhnlichsten Falle ausgehen, wenn Delegant Gläubiger des Delegaten und Schuldner des Delegatars ist. Wurde ein Schuldner delegirt, so konnte, wie wir oben sahen,[41]) die promissio entweder auf den geschuldeten Gegenstand schlechthin, oder auf das, was der Delegat dem Deleganten schuldete, gerichtet sein. Dies ist also auch dann möglich, wenn die Delegation solvendi causa geschah, wenn ein Schuldner seinem Gläubiger delegirte. Beide Fälle unterscheiden sich wesentlich von einander, denn wo der geschuldete Gegenstand nicht schlechthin versprochen wurde, behielt der Delegat sämmtliche Einreden. Laßen sich diese beiden Fälle auch im heutigen Recht durch formlosen Vertrag darstellen.

Was zunächst den Fall anbetrifft, wenn der Delegat ein titulirtes Versprechen ablegte, wenn er versprach in Gemäßheit und mit Bezugnahme auf das zwischen ihm und dem Deleganten bestehende Schuldverhältnis, so ist Derartiges jedenfalls denkbar. Wenn z. B. A Gläubiger des X und B Gläubiger des A, so kann X, im Auftrage des A, zu B treten, und ihm, dem gleichfalls zur Annahme des Versprechens Beauftragten, versprechen, was er dem A schuldet. Das ist also möglich, und ebenso unzweifelhaft ist, daß B hier die Schuld des X an A einklagen kann. Gleichwol ist fraglich, ob man nöthig hat, diesen Fall unter den Gesichtspunct der Delegation zu stellen. Hier liegt eine Cession vor mit hinzugetretener Agnition von Seiten des cedirten Schuldners. Ich wüßte nämlich nicht anzugeben, wodurch sich dieser Fall der Delegation von einer Cession mit hinzutretender Agnition unterscheiden sollte. Die Einreden soll der Schuldner ja behalten. Im Römischen Recht trennte auch diesen Fall der Delegation die formelle Stipulation von der Cession. Hier ist aber gerade

---

[40]) Fr. 2 §. 2 don. 39. 5; fr. 33 §. 3 eod.; fr. 41 pr. de re jud. 42, 1. —

[41]) Siehe oben Seite 128. —

die Frage, ob nach Wegfall dieser formellen Scheide etwas anders als Cession vorliegt. Ich muß das bestreiten, ich sehe wenigstens keine Verschiedenheiten. — Aber selbst wenn hier Verschiedenheiten vorhanden sein sollten, müßten diese so geringfügig erscheinen, daß es sich um des willen gar der Mühe nicht verlohnte, diesen Fall der Delegation im heutigen Rechte beizubehalten; und der Nachweis einer geringfügigen Verschiedenheit dürfte kaum hinreichend sein, unserem heutigen Recht diesen Delegationsfall aufzudrängen, zumal wenn sich zeigen sollte, daß die übrigen Delegationsfälle jedenfalls unpractisch sind. Denn es handelt sich hier immer um ein Rechtsinstitut, das keineswegs so, wie es im Corpus Juris steht, recipirt worden, da es die nach Römischem Rechte hierzu erforderliche Stipulatio bei uns nicht mehr gibt. In solchen Fällen aber, wo an die Stelle eines Römischen Rechtsinstitutes gewissermaßen erst ein Surrogat gesetzt werden soll, dürfte mehr erforderlich sein, als eine geringfügige Verschiedenheit von anderweitigen Rechtsinstituten, die in unbestrittener Uebung sind. — Dann wird auch unser Rechtsverkehr im Bereiche des Obligationenrechtes derartig von der Cession beherrscht, daß daneben kein Mensch an Delegation durch formlosen Vertrag denkt. Das war überhaupt schon bei den Römern das Schicksal der Delegation, daß sie, als in späterer Zeit die Cession aufkam, viel von ihrem Gebiet an diese abtreten mußte. Während z. B. in den Digesten die Delegation noch bedeutend überwiegt, kommt sie schon im Codex weit seltner vor, als die Cession. — Sollte man aber gleichwol der Ansicht sein, daß der in Frage stehende Delegationsfall, durch formlosen Vertrag bewerkstelligt, sich von der Cession mit hinzutretender Anerkennung wesentlich unterscheide, und daher als Bestandtheil unseres heutigen Rechtes anzusehen sei, so müßte man doch jedenfalls zugeben, daß ein practisches Bedürfniß für diesen Delegationsfall nicht vorliegt. Und daraus folgt dann weiter, daß derselbe, sei es nun durch Gesetzgebung oder Praxis, zu beseitigen wäre, da es überflüßig ist, sich mit überflüßigen Rechtsinstituten herumzuschleppen.

Anlangend den Fall, wenn der Delegat den geschuldeten Gegenstand schlechthin versprach, so will ich zuvörderst mal annehmen, daß der formlose Vertrag mündlich abgeschloßen würde. X schuldet an A 100 aus einem Darlehen, A schuldet an B gleichfalls 100, aber aus einem Kaufe. A beauftragt den X, an B 100 zu versprechen, den B, dieses Versprechen von X entgegen zu nehmen. Wenn nun X zum B sich begibt und ihm diese 100 mündlich verspricht, so steht zunächst mal fest, daß er den Auftrag des A ausgeführt, und daß dieser daher auch eine Klage auf Erfüllung des Versprechens hat. Daraus folgt aber nicht, daß auch B gegen X klagen kann, denn unmöglich kann die causa eines Versprechens in dem von einem dritten dazu ertheilten Auftrag gefunden werden.[42]) Sollte B eine Klage haben, so müßte X entweder die aus dem Darlehen oder die aus dem Kaufe geschuldeten 100 versprochen haben. — Man möchte versucht sein, für das Versprechen des X an B noch auf die Weise eine causa herauszubringen, daß man annähme, X habe sowol die aus dem Kaufe als aus dem Darlehen geschuldeten 100 versprechen wollen. Dann würde dieses Versprechen, weit entfernt ohne causa zu sein, deren vielmehr zwei besitzen. Allein bei dieser Annahme verlangt die Consequenz, dem X gegenüber B sämmtliche Einreden sowol aus dem Kaufe als dem Darlehen zu gestatten. Auf diese Weise würden wir zu einem ganz neuen Rechtsinstitute gelangen, für welches am allerwenigsten das Römische Recht ein Analogon böte.

Denken wir uns das Versprechen des B an den X auf schlechthin 100 schriftlich vollzogen, so werden diejenigen, welche ein schriftliches Versprechen ohne Angabe des Rechtsgrundes für klagbar halten, auch hier von ihrem Satze Gebrauch machen müßen. Allein damit wäre noch immer nicht erwiesen, daß die Römischrechtliche Delegation bei uns durch formlosen Vertrag möglich sei, sondern nur daß sie auch durch den formellen Vertrag vollzogen werden könne, welcher in einem

[42]) Vgl. Schlesinger a. a. O. Ste 123. —

schriftlichen Schuldversprechen ohne Angabe des Rechtsgrundes enthalten wäre.

Bisher wurde vorausgesetzt, daß sowol zwischen Delegant und Delegat als zwischen Delegant und Delegatar ein Schuldverhältnis obwaltete. Auf die Beziehungen des Deleganten zum Delegatar kommt es hier weniger an. Wenn im vorausgesetzten Falle eine Delegation mittels formlosen Vertrages nicht gedenkbar, so ist die Delegation eines Schuldners auch zu andern Zwecken, als um eine Schuld an den Delegatar abzutragen mittels formlosen Vertrages nicht möglich.

Zu berücksichtigen bleiben noch die Fälle, wo der Delegat nicht Schuldner des Deleganten ist, sondern z. B. ein Darlehen geben, eine Schenkung machen wollte. Denkt man sich hier zunächst den Deleganten als Schuldner des Delegatars, so laßen sich auch bei uns zwei derartige Rechtsgeschäfte durch ein Versprechen abwickeln. Man bedarf dazu nicht einmal eines Formalcontractes, es läßt sich dies sogar durch formlosen Vertrag erreichen. Aber nur Delegation durch formlosen Vertrag ist nicht möglich; man muß zur formlosen Expromissio seine Zuflucht nehmen. Wenn z. B. X dem A schenken oder ein Darlehen machen und A gleichzeitig eine Schuld an B abtragen will, so kann X sofort dem B versprechen, was A ihm schuldet in der Absicht und mit der Wirkung, daß A durch dieses Versprechen eine Schenkung bezw. ein Darlehen gemacht sein soll.

Uebrig ist noch der Fall, wenn weder der Delegat Schuldner des Deleganten, noch der Delegant Schuldner des Delegatars ist. Wenn z. B. X dem A und A dem B 100 schenken will, so läßt sich dies auch bei uns durch ein einmaliges formloses Versprechen, nur nicht durch eine formlose Delegation zu Wege bringen. Es muß dann X an den B für den A versprechen. Das Verhältnis zwischen X und B wird dann ganz das nämliche, als wenn erst A versprochen, und darauf X expromittirt hätte. X hat alle die Einreden gegen B, die A gehabt hätte, wenn von diesem das Schenkungs-

versprechen selbst gegeben wäre. Es würde ein Fall vorliegen, wo eine Obligation durch das Dazwischentreten eines Dritten abgewandt wird, wie wir ihn bei Gelegenheit von fr. 1 §. 8 quarum rer. act. 44, 5, schon kennen gelernt haben.[43])

Es gibt demnach keine Delegation durch formlosen Vertrag, und daß wir dieselbe nicht haben, läßt wahrlich in unserem Rechtssystem keine Lücke. Auch wir können delegiren mittels eignen Wechsels; oft thut Cession mit Agnition uns dieselben Dienste wie den Römern ihre Delegation; auch die formlose Expromissio läßt sich hier mitunter verwenden; und obenein besitzen wir noch die Tratte. Unser Recht ist also ohnehin schon weit mannigfaltiger gegliedert als das Römische, wir haben durchaus keine Ursache, daneben noch die Römische Delegation durch formlosen Vertrag zu reproduciren. —

Ehe ich indes von der Delegation scheide, sei es mir noch gestattet, das Verhältnis zwischen Delegation und Anweisung ins Auge zu fassen. Man pflegt Anweisung und Delegation so auseinander zu halten, daß man sagt: Die Anweisung enthalte die Aufträge zu zahlen, bezw. Zahlung entgegen zu nehmen; die Delegation die Aufträge, Zahlung zu versprechen, bezw. das Zahlungsversprechen entgegen zu nehmen.[44]) Allein wenn der Assignat, statt zu zahlen, vorläufig die Anweisung acceptirt, und der Assignatar dieses Accept an sich nimmt, so handeln beide doch sicher nicht auftragswidrig. Accept einer Anweisung ist aber weiter nichts, als ein Zahlungsversprechen, und Annahme des Acceptes ist Annahme eines Zahlungsversprechens. Acceptirte Anweisung und vollzogene Delegation sind demnach identisch. Gerade die acceptirte Anweisung aber ist es, die unsere Juristen so lebhaft zu beschäftigen pflegt, denn wird eine Anweisung sofort honorirt, ohne daß es zum Accepte kommt, so verschwindet sie damit aus dem Rechtsverkehr.

---

[43]) Siehe oben Seite 126 ff. —

[44]) Vgl. Thöl Handelsrecht §. 121. §. 128. —

Wir gehen mit der Delegation also auch nothwendig des klagbaren Anweisungsacceptes verlustig, weil hier dieselben Gründe zutreffen, und eine acceptirte Anweisung in der That nichts anderes ist als eine vollzogene Delegation. Wenn dem aber so ist, so mag manchem der Zweifel kommen, daß ein klagbares Anweisungsaccept doch wol nicht gut zu entbehren. Particularrechte sind allerdings dieser Meinung, und z. B. auch die Wismarsche Niedergerichtsordnung §. 157 hält „acceptirte Anweisungen unter Kaufleuten" für klagbar. Allein wozu bedarf es eines klagbaren Anweisungsacceptes? Wer ein klagbares Accept haben will, mag sich der Tratte bedienen. Es ist nicht gut, daß man das Recht verwickelter macht, denn nöthig.

Gibt es überhaupt keine Delegation durch formlosen Vertrag, so ist auch auf dem Wege der Delegation keine Novation durch formlosen Vertrag möglich. Der einzige Fall, wo durch formlosen Vertrag novirt werden kann, bleibt mithin die Expromissio.

Das Gesammtergebnis wäre demnach dieses. Bei uns ist Novation sowol durch formellen als formlosen Vertrag möglich. In ersterer Beziehung vertritt bei uns der eigne Wechsel genau die Stelle der stipulatio. Es sind durch eignen Wechsel alle drei Arten der Novation bewerkstellbar. Dagegen durch formlosen Vertrag ist Novation nur in beschränkterer Weise möglich. Der einzige Novationsfall in dieser Beziehung ist die formlose Expromissio.

Eigner Wechsel und stipulatio unterscheiden sich dadurch von einander, daß ersterer keine Bedingung zuläßt. So weit demnach heutzutage die Novation durch eignen Wechsel bewerkstelligt werden muß, gibt es keine bedingte Novation. Als einziger Fall der bedingten Novation bleibt demnach nur die formlose Expromissio übrig, nur soweit hatte mithin unsere Abhandlung practisches Recht zu ihrem Gegenstand.

Zum Schluß noch ein paar Bemerkungen über Novation im allgemeinen.

Ich sagte einmal gelegentlich,[45]) daß es mit der Novation heutzutage nicht viel auf sich habe, daß sie auf unserm Rechtsboden nicht recht gedeihen wolle. Dies trifft namentlich zu für die Novation im engern Sinne und die Novation mittels Delegation. Wenn z. B. ein Gläubiger sich einen eignen Wechsel von seinem Schuldner ausstellen läßt, so wird höchst selten gegen diesen Wechsel die alte Schuld quitirt und ebenso verhält es sich, wenn der Gläubiger einen dritten damit beauftragt, sich diesen Wechsel von seinem Schuldner ausstellen zu laßen. Man läßt vielmehr in den weit meisten Fällen die alte Obligation ruhig neben dem neuen Wechsel fortbestehen, bis dann etwa durch Zahlung beide Obligationen gleichmäßig aufgehoben werden. Gerade diese beiden Novationsfälle kommen aber sehr häufig im Corpus Juris vor. Wie erklärt sich diese Neuerungslust der Römer?

Bei Erklärung derartiger Erscheinungen muß man immer vom Hauptfall ausgehen. Denn nach dem Hauptfall richten sich die Nebenfälle. Hauptfall der Novation bei den Römern war aber die Novation im engern Sinne; wo sie von Novation schlechtweg sprechen, ist diese gemeint. Wir können die Frage also enger so faßen: wie erklärt sich das häufige Vorkommen der Novation im engern Sinne bei den Römern?

Wie jedes Wort und jeder Buchstabe, so hat auch jeder Rechtsbegriff besonders erfunden werden müßen. Es gab einmal eine Zeit wie ohne Wörter und Buchstaben, so auch ohne Rechtsbegriffe. Die feineren Rechtsbegriffe werden wieder später entstanden sein, als die einfacheren. Nun betrachte man einmal ganz unbefangen das Rechtsverhältnis, welches vorliegt, wenn ein eigner Wechsel neben ein vorhandenes Schuldverhältnis tritt. Wir haben dann zwei Obligationen auf dieselbe Sache unter denselben Personen. Das ist eine große Feinheit. Nimmt man nun an, daß die Römische

---

[45]) Siehe oben Seite 22. —

Juristenwelt dieses feinen Rechtsbegriffes nicht von Anfang an mächtig war, so ist damit das häufige Vorkommen der Novation im Corpus Juris erklärt. Daß unter denselben Personen wegen desselben Gegenstandes zwei Obligationen möglich seien, ist ein Satz, den wir wegen seiner großen Feinheit erst in eine verhältnißmäßig späte Zeit setzen müßen. So lange sich die Römische Rechtswissenschaft zu diesem Satze noch nicht empor gearbeitet hatte, mußte man ausnahmlos in allen Fällen, wo eine Stipulation zu einem bestehenden Schuldverhältnis trat, mit Nothwendigkeit Novation annehmen. Ich stellte es als eine Eigenthümlichkeit der Novation hin, daß sie auf dem freien Willen der Novirenden beruhe, und das ist für das spätere Recht auch gewiss richtig. Aber es wird einmal eine Zeit gegeben haben, wo sich dies anders verhielt, wo man novirte, nicht weil man wollte, sondern weil man nicht anders konnte.

Eine einmal bestehende Rechtsanschauung weicht nicht so leicht wieder, sie verschwindet nicht schon nothwendig dann, wenn die Veranlaßung, welche sie hervorrief, weggefallen. So geschah es auch hier. Als das Nebeneinanderbestehen zweier auf dieselbe Sache gerichteter Obligationen unter denselben Subjecten schon längst ein geläufiger Begriff geworden war, blieb man noch immer bei der alten Gewohnheit, nahm öfter als nöthig Novation an, und verstieß damit gewiss häufig genug gegen den wahren Willen der Parteien. Man ließ zwar nicht immer mehr Novation eintreten, aber wird sicherlich nicht sehr sparsam mit derselben umgegangen sein. Es entstand ein Zustand der Verworrenheit, wie er sich einzustellen pflegt, wenn althergebrachte Anschauung mit moderner Auffaßung in Kampf geräth, es entstanden jene ambiguitates, von denen Justinian in c. ult. C. de Nov. spricht, bis dann dieser Kaiser in gedachter Constitution dem Neuerungseifer ein Ziel setzte, und ausdrückliche Erklärung als ein Erforderniß der Novation hinstellte.[46])

[46]) Es ist bekanntlich streitig, ob Justinian nur die sog. novatio praesumta beseitigen oder aber ausdrückliche Erklärung des animas

Daß es den Römern nicht leicht geworden ist, sich in das Nebeneinanderbestehen zweier auf denselben Gegenstand gerichteter Obligationen hineinzufinden, dafür bieten sich auch Analogien dar in Fällen, wo noch dazu die Subjecte beider Obligationen verschiedene waren. Ein solches Beispiel sind die correalen Obligationen. Man hat häufig versucht, in diesem Rechtsinstitute ein nonplusultra juristischer Feinheit zu entdecken; allein die correalen Obligationen sind ein rohes hazardspielartiges Rechtsgebilde, ein mislungener Versuch, das Nebeneinanderbestehen zweier auf dieselbe Sache gerichteter Obligationen juristisch zu erfaßen. Erst in den Solidar-Obligationen kam das Römische Recht zur Vernunft. Als man diese hatte, hätte man die andern füglich entbehren können. Allein beide sind noch im Justinian'schen Gesetzbuch neben einander stehen geblieben, wenn auch ihre Verschiedenheiten bis auf ein geringes ausgeglichen waren. Es ist gewiss ein Verdienst Ribbentrop's, das Vorhandensein dieser beiden Rechtsinstitute im Corpus Juris nachgewiesen zu haben; allein auf der andern Seite war es ein Rückschritt der Wißenschaft, daß man wieder auseinander riß, was practischer Verstand, wenn vielleicht auch unbewußt, bereits zusammengefügt hatte. Man wird doch wieder dahin gelangen müßen, die correalen und Solidar-Obligationen in eins zu verschmelzen.

Ich spreche immer von correalen Obligationen. Das stimmt nicht zu der herrschenden Ansicht, die trotz Mehrheit der Subjecte eine einzige Obligation annimmt. Ulpian spricht allerdings in fr. 3 §. 1 de duob. reis 45, 2 von una obligatio; Papinian und Paulus in fr. 116 V. O. 45, 1 von duo rei ejusdem obligationis, und derartige Aussprüche

---

novandi vorschreiben wollte. Ich nehme das letztere an, folge also der unter andern von Hepp, Archiv für die civilistische Praxis, Band XV, Abh. 11, und Vangerow Pandekten § 619 vertretenen Ansicht. Die entgegenstehende Ansicht ist neuerdings wiederum vertheidigt worden von Fein, Beiträge zu der Lehre von der Novation und Delegation, Jena 1850. Ste. 28—34, ohne daß indes dessen Beweisführung mich überzeugt hätte. —

finden sich noch mehr. Allein die Römischen Juristen mögen sagen, was sie wollen. Wenn A dem X 100 verspricht und B gleichfalls, seien es auch dieselben,[47] so liegen zwei Obligationen vor, nach dem Gesetze logischer Nothwendigkeit, wenigstens so sicher, als eins und nochmals eins nicht wieder eins sondern zwei giebt. Hier eine einheitliche Obligation anzunehmen, war eine unglückliche Verirrung der Römischen Juristen, die wiederum Zeugnis dafür ablegt, wie sauer es ihnen wurde, sich in das Nebeneinanderbestehen zweier auf dieselbe Sache gerichteter Obligationen hineinzufinden.

Hatten sie aber hier schon ihre liebe Noth, wo doch verschiedene Subjecte vorhanden waren, so können wir ganz sicher annehmen, daß der Begriff des Nebeneinanderbestehens zweier auf dieselbe Sache gerichteter Obligationen unter denselben Subjecten sich nicht weniger mühsam Bahn gebrochen haben wird. Und darin ist die Erklärung für die Erscheinung zu suchen, daß im Verhältnis zum Römischen Recht die Novation heutzutage so sehr an Gebiet verloren hat. —

Damit ist zu vergleichen, was Bähr Anerkennung, Seite 49, Anm. 9, sagt: „der Entwickelungsgang der res judicata läßt vermuthen, daß auch die Stipulation ursprünglich nur die stärkere, novirende Wirkung gehabt haben möge, was auch dadurch unterstützt wird, daß für die accessorische Stipulation keine einfache Bezeichnung in den Quellen sich findet, vielmehr das Verhältnis immer umschrieben wird."

Jetzt noch eine Bemerkung. Eben so gut, wie nach Römischem Recht, ist auch noch heutzutage Novation möglich. Das Mittel aber, wodurch die Römer novirten, z. B. die Stipulatio, und nach Justinian'schem Recht nur die Stipulatio, haben wir nicht mehr. Unsere Surrogate für die Stipulation sind der heutige formelle Contract und daneben bei der Expromissio der formlose Vertrag. Auch insofern hat sich also

[47]) Pr. J. de duob. reis 3, 16 „eosdem quinque aureos" fr. 2 eodem 45, 2 „eandem pecuniam" fr. 12. §. 1 eodem „eadem decem." — Vgl. Savigny Obligationenrecht Band I Seite 146. —

die Sachlage verändert. Es fragt sich, ob trotz dieser Veränderung die Römischen Grundsätze von Novation buchstäblich bei uns zur Anwendung zu bringen sind. Ich bin nicht dieser Ansicht. Am allerwenigsten kann das Römische Recht auf buchstäbliche Anwendung Anspruch machen, wo es sich um Institute handelt, die nicht in unveränderter Gestalt herübergenommen sind, sondern eine wesentliche Umgestaltung erlitten haben, wie dies bei der Novation der Fall ist. Wir müßen hier die Römischen Sätze mehr als Anhaltspunkte betrachten, und nicht mechanisch aus dem Corpus Juris abschreiben, sondern uns auf unsern eignen gesunden Menschenverstand verlaßen.

V. Schlußbetrachtungen.

§. 12.

Die herrschende Ansicht geht dahin: die Römischen Juristen seien unnahbare Heroen, ihr Ausspruch unbedingt richtig, unser ganzes Tichten und Trachten müße darauf gerichtet sein, den Römischen Juristen nachzustreben, sie jemals zu übertreffen, daran sei nicht zu denken. Man spricht von klassischen Römischen Juristen, in denen die Privatrechtswißenschaft ihren Höhepunkt erreicht habe. Darum soll auch unsere heutige Rechtswißenschaft für alle Ewigkeit fest an das Corpus Juris gekettet sein, ein Nachlaßen im Studium des Corpus Juris soll gleichbedeutend mit Verfall der Wißenschaft, und das mehr oder minder eifrige Studium des Corpus Juris der Meßer sein für den Höhepunkt unserer heutigen Rechtswißenschaft.

Dieser herrschenden Ansicht bin ich in der vorliegenden Abhandlung entgegen getreten. Ich halte die Aussprüche der Römischen Juristen keineswegs unbedingt für richtig, sehe in ihnen durchaus keine unnahbare Heroen, sondern Menschen, die sich irren konnten und auch sehr häufig geirrt haben. Mein Hauptzweck bei der gegenwärtigen Abhandlung ging gerade dahin, den Römischen Juristen Irrthümer nachzuweisen.

Daß die Römischen Juristen nur Menschen waren, und daß Menschen irren können, ist freilich eine Wahrheit, die so sehr auf der Hand zu liegen scheint, daß sie jedes Kind begreifen kann. Gerade solche Wahrheiten sind aber häufig die aller verborgensten. Hier wenigstens steht die Thatsache gegenüber, daß die nach-Römische Rechtswißenschaft, trotz

ihrer sieben Jahrhunderte, die sie zählt, zwar Bewunderung über Bewunderung für das Römische Recht an den Tag gelegt hat, daß aber von einer nüchternen Kritik so gut wie gar nicht die Rede gewesen ist.[1])

Der Nimbus, welcher sich um das Römische Recht und insonderheit um die Aussprüche der Römischen Juristen lagert, ist noch immer sehr gewaltig. In solchen Fällen wird der Irrthum nur zu leicht wieder vergessen. Ich will daher dem Gedächtniße des Lesers nachhelfen und hier noch einmal sämmtliche Aussprüche der Römischen Juristen, welche sich auf die bedingte Novation beziehen, kurz vorführen, und bei jedem einzelnen angeben, ob derselbe richtig oder verkehrt. Dabei ist zu bemerken, daß die Verkehrtheit eine zweifache sein kann, denn eine Verkehrtheit liegt nicht bloß dann vor, wenn ein verkehrter Entscheidungsgrund eine verkehrte Entscheidung zur Folge gehabt hat, sondern auch, wenn die Entscheidung zwar richtig ausfiel, der Grund derselben aber ein verkehrter war.

I. Aussprüche über die bedingte Novation bei nicht vorhandener Mora.

1) Servius Sulpicius läßt die bedingte Novation gerade wie die unbedingte auf die frühere Obligation einwirken. Gaj. III, 179. — Verkehrt. —

2) Labeo läßt die bedingte Novation auf die ursprüngliche Obligation gar keine Wirkung äußern. Fr. 80 de J. D. 23, 3. — Verkehrt. —

3) Javolen nimmt an, daß durch bedingte Novation das ursprüngliche Schuldverhältnis in ein umgekehrt-bedingtes verwandelt werde. Er denkt dabei an die Novation mittels Delegation. Fr. 36 R. C. 12, 1. Fr. 80, 83 de J. D. 23, 3. — Richtig. —

---

[1]) Hierauf weist mit Recht hin Ihering, Geist des Römischen Rechts, Band I, Seite 5 ff. —

4) Gajus erblickt im Abschluß der bedingten Novation zugleich ein pactum, während schwebender Bedingung nicht klagen zu wollen. Er geht dabei von der Novation im engern Sinne aus. Gaj. III, 179. — Richtig. —

5) Die gemeine Meinung zu Paulus' Zeiten hielt das Javolen'sche Princip, welches sein Urheber zunächst für die bedingte Delegation gefunden hatte, auch für die andern beiden Novationsfälle für zutreffend, und erblickte demnach darin ein allgemeines, sämmtliche drei Novationsfälle umfaßendes Princip. Fr. 60 §. 1 de cond. indeb. 12, 6. — Verkehrt. —

6) Paulus unterscheidet zwischen bedingter Novation im engern Sinne und bedingter Expromissio. Für letztere hält auch er am Javolen'schen Principe fest, anlangend aber die bedingte Novation im engern Sinne, so kehrt er zur Auffaßung des Gajus zurück. d. fr. 60 §. 1. — Richtig. —

7) Die Aussprüche von Ulpian und Pomponius in fr. 8 §. 1 bezw. fr. 24 Nov. 46, 2 waren weniger bedeutend.

II. Aussprüche über die bedingte Novation bei vorhandener Mora.

1) Julian stellt in fr. 56 §. 8 V. O. 45, 1 für die bedingte Expromissio den Satz auf, daß beim Untergange der Sache während schwebender Bedingung sofort gegen den alten Schuldner geklagt werden könne. Dies war unrichtig: es muß vielmehr gewartet werden, und nur, wenn die Bedingung der Expromissio fehlschlägt, haftet der alte Schuldner. — Ihre Erklärung fand die Julianische Entscheidung einerseits in dem Umstande, daß dieser Jurist die ursprüngliche Obligatio nur halbwegs als umgekehrt-bedingt behandelte, andererseits in der Rechtsregel, daß eine bedingte Obligation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung aufgehoben werde. Beides war gleichfalls verkehrt: sowol die gedachte Rechtsregel, als die Auffaßung Julian's von der bedingten Novation.

2) Marcell geht in fr. 14 pr. Nov. 46, 2 davon aus, daß auf bedingte Novation im engern Sinne die Grundsätze von den Bedingungen Anwendung litten, und daß eine bedingte Novation durch Untergang der Sache während schwebender Bedingung unmöglich werde. Beides war verkehrt, die darauf gebaute Folgerung aber, daß demnach durch bedingte Novation im engern Sinne die Mora purgirt werde, richtig, wenigstens für die Wirkung der Mora, die Marcell im Auge hatte, nämlich Haftung für Zufall. Auch die Entscheidung, als solche betrachtet, ist richtig, da Marcell von einem Falle handelt, wo sich der Gläubiger von seinem Schuldner aufs neue nur schlechtweg die geschuldete Sache hat wieder versprechen laßen. Aber der richtige Grund war, daß unter solchen Umständen ein Verzicht auf die Mora vorliegt.

In fr. 72 §. 1 Sol. 46, 3 entscheidet Marcell den nämlichen Fall auf gleiche Weise. Hier, und anderswo, ist er indes auf die unglückliche Idee verfallen, in der Novation eine Oblation zu erblicken, während beide Begriffe doch so grundverschieden, wie nur möglich, sind.

Jedenfalls in fr. 72 §. 3 eodem, vielleicht auch in fr. 72 §. 2 ibid.', bespricht Marcell die bedingte Expromissio. Er kommt zu dem Resultate, daß nach Eingehung der bedingten Expromissio, sofern damals nur die geschuldete Sache gegenwärtig, weder der Expromissor noch der alte Schuldner, z. B. der Fur, für Zufall hafteten. Zunächst war es verkehrt, wenn von der Gegenwart der Sache beim Abschlusse der Novation irgend etwas abhängig gemacht wurde. Aber, abgesehen hiervon, konnten wir die Entscheidung auch nur halbwegs für richtig halten. Es kam darauf an, ob die Bedingung für den Fur oder den Expromissor eintrat. Denn wenn auch der Expromissor die Mora nicht mit hatte übernehmen wollen, so konnte daraus der Fur keinen Grund hernehmen, sich gleichfalls von der Mora für befreit zu halten, falls aus der Expromissio nichts wurde.

3) In fr. 14 pr. Nov. schreibt Ulpian getreulich Marcell aus, macht also auch dessen unrichtige Begründung zu der

seinigen. Anderswo, nämlich in fr. 29 §. 1 V. O. 45, 1 zeigt er sich auch als Anhänger der Marcell'schen Oblationstheorie. Das hindert ihn aber andererseits wieder nicht, in fr. 8 pr. Nov. Papinian beizustimmen, der in der Novation nur so gewissermaßen eine Oblation erblickte.

4) Venulejus handelt in fr. 31 pr. Nov. von der bedingten Novation im engern Sinne. Er verwirft den Satz, daß aus einer bedingten Novation nichts werden könne, wenn während schwebender Bedingung die Sache untergegangen. Das war richtig, aber verkehrt, daß dieser Jurist wegen einer bedingten Novation im engern Sinne auf die Grundsätze über Bedingungen glaubte zurückgehen zu müssen. Auf jeden Fall hätte er dann nicht bloß die neue, sondern auch die alte Obligation als eine bedingte behandeln müssen. Diese scheint er aber für eine unbedingte zu halten. Die Entscheidung ging dahin: wenn die Sache während schwebender Bedingung untergeht, so muß gewartet werden, bis zum Eintritt der Bedingung; erfolgt dieser, so wird die alte Schuld novirt, und der Schuldner haftet aus der neuen Obligation; bedingte Novation hebt demnach die Mora auf. Die Entscheidung mußten wir als verkehrt verwerfen, denn Venulejus ging von einem Falle aus, wo auf's neue nur die Sache schlechtweg versprochen wurde, wo also ein Verzicht auf die Mora vorlag.

Wir sehen, die Irrthümer sind hier, namentlich in den Stellen, welche sich auf eine Mora beziehen, ziemlich massenhaft vertreten. Man möge aber nicht etwa glauben, daß dies die einzigen Irrthümer der Römischen Juristen seien. In jeder von ihnen behandelten Lehre kommen mehr oder weniger Irrthümer vor, und wenn ich mir auch ein Beispiel ausgewählt habe, wo diese Irrthümer ziemlich zahlreich beisammen sind, so gibt es doch noch sonst Partien, wo es gerade so schlimm, wenn nicht gar schlimmer, aussieht. Die Römischen Juristen waren nur Menschen, und wie heutzutage die Menschen irren, so haben auch sie geirrt. Die Digesten stecken voll von ihren Irrthümern.

Die Digesten sind ein Sammelwerk juristischer Literatur. Würde heutzutage ein solches Sammelwerk veranstaltet, noch dazu ein solches, welches, wie die Digesten, drittehalb Jahrhundert umfaßte, so würden jedenfalls Irrthümer mit hineinkommen. Denn bei jedem heutigen Schriftsteller finden sich mehr oder weniger Irrthümer; vollkommen ist niemand. Gerade so verhielt es sich aber auch in Rom, auch die juristischen Schriftsteller Rom's haben sich geirrt, und wenn ihre Schriften zu einem Sammelwerke benutzt wurden, so müßen nothwendig Irrthümer mit hinüber genommen sein.

Es entsteht die Frage: welche Stellung hat die Wißenschaft, und welche die Praxis diesen Römischen Irrthümern gegenüber einzunehmen? Dabei ist zu bedenken, daß diese Irrthümer der Römischen Juristen, soweit sie in den Digesten enthalten sind, von Kaiser Justinian die gesetzliche Weihe erhalten haben, da die Digesten ein Bestandtheil seines Gesetzbuches sind.

Ich will die gestellte Frage zunächst von einem allgemeineren Gesichtspuncte aus betrachten.

Jedes Recht bedarf zu seiner Existenz bestimmter positiver Unterlagen; ein Naturrecht a priori läßt sich nicht construiren. Dieser positiven Unterlagen bemächtigt sich dann die Wißenschaft, indem sie auf Grund derselben ihre Consequenzen zieht, und so aus den positiven Bestandtheilen weiteres Recht deducirt. Es ist indes nicht nöthig, daß die Rechtsquellen, namentlich die Gesetze, nur das allernothwendigste positive Material liefern, es können die Gesetze auch Rechtsdeductionen mit in sich aufnehmen, und dies wird sogar der regelmäßige Fall sein. Das großartigste Beispiel liefert in dieser Beziehung das Corpus Juris: der größte Theil desselben ist Rechtsdeduction.

Weil aber die Gesetze regelmäßig zugleich Rechtsdeductionen enthalten, so ist damit die Möglichkeit gegeben, daß sich Irrthümer in dieselben einschleichen. Soweit freilich positive Bestandtheile zur Frage stehen, ist kein Irrthum denkbar. Es steht z. B. in der Wahl des Gesetzgebers, wann er die Voll-

jährigkeit eintreten laßen will, ob nach vollendetem 25ten, 21ten Lebensjahr, oder wann sonst. Es läßt sich hier vielleicht über die Zweckmäßigkeit der Bestimmung streiten, von einem Irrthume kann man aber nicht sprechen. Sobald jedoch ein Gesetz Rechtsdeductionen in sich aufnimmt, beginnt das Gebiet des Irrthums. Mag eine Theorie zur Zeit der Abfaßung des Gesetzes noch so unbestritten dagestanden haben, es ist immerhin möglich, daß sie sich später als verkehrt ausweist.

Aehnlich wie mit den Gesetzen verhält es sich mit einer andern Rechtsquelle, der Praxis. Auch die Praxis schafft theils positive Rechtsnormen, theils bringt sie Rechtsdeductionen zur Anwendung. Auch bei dem Rechte, welches die Praxis erzeugte, ist demnach möglich, daß es auf einem Irrthume beruhte.[2])

Stellen wir nun die Frage allgemeiner so: wie hat sich Wißenschaft und Praxis den Irrthümern der Gesetze und der Praxis gegenüber zu verhalten? so ist die eine Antwort leicht gefunden. Das Streben der Wißenschaft ist auf Wahrheit gerichtet, sie muß daher den Irrthum aufdecken, unbekümmert, wo sie ihn findet.

Anders steht es mit der Praxis. Irrthümer, die in den Gesetzen stehen, muß die Praxis zur Anwendung bringen; es mag gehen, so gut es will; sie darf sich nicht drüber hinwegsetzen. Dagegen an eine alte Praxis, die auf verkehrter Rechtsdeduction beruhte, ist die neue Praxis nicht weiter gebunden; Irrthümer, welche die Praxis selber brachte, darf sie auch selber wieder beseitigen.

Damit scheint zugleich die Antwort auf die engere Frage gefunden zu sein: welche Stellung die Wißenschaft und Praxis den Römischen Irrthümern gegenüber einzunehmen habe. Man wird sagen: das Corpus Juris ist ein Gesetzbuch, wenn daher

---

[2]) Das Gewohnheitsrecht erzeugt nur positive Rechtsnormen. Es unterscheidet sich also von der Praxis. Praxis und Gewohnheitsrecht sind überhaupt auseinander zu halten. Die Praxis ist keine Unterart des Gewohnheitsrechtes, sondern eine diesem neben zu ordnende Rechtsquelle.

auch Irrthümer in demselben vorkommen sollten, so ist die Praxis gleichwol an dieselben gebunden.

Allein ich muß der Auffaßung entgegentreten, daß das Corpus Juris für uns Deutsche ein Gesetzbuch sei. Ein Gesetzbuch muß publicirt sein, das Corpus Juris ist zwar von Justinian publicirt, aber nicht für Deutschland. Also ist auch das Corpus Juris für uns Deutsche kein Gesetzbuch.

Das Römische Recht gilt bei uns nicht als Gesetzesrecht, sondern als Recht der Praxis: die Praxis hat es recipirt. So weit daher ein Römischer Irrthum zur Frage steht, so weit handelt es sich für uns lediglich um einen Irrthum der Praxis. An eine verkehrte alte Praxis ist aber die neue nicht gebunden. Es kann sich also die Praxis über die Römischen Irrthümer ohne weiteres hinwegsetzen.

Auch das läßt sich nicht behaupten, daß das Römische Recht von der Praxis als Gesetzesrecht recipirt sei. Denn Praxis und Gesetz sind zwei Rechtsquellen, die sich einander diametral gegenüber stehen. Das Recht, welches die Praxis schafft, beruht auf freier Willkür der Practiker: in dem und dem concreten Falle w o l l e n die Practiker es so und nicht anders gehalten wißen. Dagegen der Gesetzgeber schreibt ein S o l l vor: in dem und dem concreten Falle s o l l sich der Practiker nach dem Gesetze richten. So wenig nun ein Begriff gesollt=wollen oder gewollt=sollen denkbar, so undenkbar ist es, daß etwas zugleich Recht der Praxis und Gesetzesrecht sei

Sollte man indes nicht dieser Ansicht sein, so bleibt darum noch immer der Wißenschaft ihr Recht vorbehalten. Und daß sie von diesem ihren Rechte Gebrauch mache, daß sie das Römische Recht einer Kritik unterziehe, scheint nachgerade an der Zeit zu sein. Auch ist es am Ende eine Frage von mehr untergeordneter Bedeutung, ob die Praxis ohne weiteres berechtigt sein soll, sich über Römische Irrthümer hinwegzusetzen. Denn wenn ein Irrthum nur erst nachgewiesen und als solcher erkannt ist, vermag er sich doch nicht zu halten: beseitigt ihn dann nicht die Praxis, so wird sich die Gesetzgebung seiner annehmen. —

In der vorliegenden Abhandlung habe ich es nur mit Aussprüchen der Römischen Juristen zu thun gehabt, habe nur diesen Irrthümer nachzuweisen versucht. Allein wenn eine Gesetzgebung, sobald sie Rechtsdeductionen in sich aufnimmt, überhaupt Irrthümer enthalten kann, so haben wir auch die Irrthümer nicht bloß in den Digesten zu suchen, sie können sich eben so gut im Codex und den Novellen finden. So ist es namentlich häufig der Fall, daß Sätze, die ursprünglich von Römischen Juristen aufgestellt waren, später von Kaisern in ihren Gesetzen bestätigt wurden. War nun ein solcher Satz verkehrt, so ändert der Umstand, daß er von einem Kaiser bestätigt wurde, an dieser seiner Eigenschaft nicht das allermindeste.

Verweilen wir jetzt noch etwas bei der Thatsache, daß im Corpus Juris Irrthümer vorhanden sind. Das Streben der Wißenschaft muß auf Wahrheit gerichtet sein, also auch das der romanistischen Rechtswißenschaft, die Römischen Irrthümer an's Licht zu ziehen. Dabei wird dann freilich ihre Aufgabe eine andere werden, als ihr die herrschende Ansicht zuweist. Wir werden in den Römischen Juristen keine unnahbaren Heroen erblicken; wir werden uns nicht darauf beschränken wollen, diesen nur nachzustreben, wir werden vielmehr bemüht sein, dieselben zu übertreffen. Daß ein Römischer Jurist irgend etwas behauptet, darf uns noch nicht Beweis sein für die Richtigkeit dieser Behauptung. Auch unterscheidet man ja zwischen klassischen und nicht-klassischen Juristen, hält also wenigstens nicht alle Römischen Juristen für gleich unnahbar. Aber selbst die sog. klassischen Juristen waren nicht frei von Irrthümern, wie uns hierfür unsere Abhandlung gleichfalls Beläge geliefert hat. Und was die Bezeichnung Klassiker anlangt, so möchte ich behaupten, daß es Klassiker überhaupt nicht gibt, weder in der Wißenschaft noch sonst wo. Denn die Leistung eines jeden Menschen, selbst des begabtesten, bleibt stets gebrechlich; sie ist nie so vollkommen, daß nicht daneben noch etwas vollkommeneres denkbar bliebe.

Ich will die Verdienste der Römischen Juristen um die Rechtswißenschaft keineswegs gering anschlagen: gesunder practischer Tact war ihnen im hohen Grade eigen. Auf der andern Seite waren es aber doch nur höchst einseitig gebildete Männer. Heutzutage stellt man wenigstens an einen Juristen höhere Anforderungen: er soll nicht bloß Practiker, sondern auch Systematiker und Rechtshistoriker sein. In diesen beiden Beziehungen lag indes die Römische Rechtswißenschaft noch völlig in der Kindheit, und was namentlich ihre rechtshistorischen Erklärungen anbetrifft, so sind sie häufig von einer Naivheit, daß sie sich ihren Etymologien würdig zur Seite stellen.

Und dann will eine Wißenschaft doch auch fortschreiten. Mögen die Römischen Juristen als Practiker für ihre Zeit so bedeutend gewesen sein, wie sie wollen: daraus folgt noch nicht, daß wir nöthig hätten, stets hinter ihnen zurück zu bleiben; daß wir stets das nachbeten müßten, was sie im Corpus Juris schon vor uns gesagt haben. Das ist vielmehr bei fortschreitender Wißenschaft das Schicksal aller wißenschaftlichen Leistungen, daß sie einmal überholt werden, und Beßeres an ihre Stelle tritt — warum sollten in dieser Beziehung die Römischen Juristen eine Ausnahme machen? —

Ich kann es nicht für richtig halten, daß unsere Rechtswißenschaft für alle Ewigkeit fest an das Corpus Juris gekettet, und daß das mehr oder minder eifrige Studium des Corpus Juris unter allen Umständen der richtige Meßer für den Höhepunkt unserer Wißenschaft sein soll: ich meine vielmehr, wenn unsere Wißenschaft wahrhaft fortschreitet, so wird einmal die Zeit kommen, wo auch die Leistungen der Römischen Juristen überholt sein werden, wo unsere Wißenschaft nicht mehr nöthig hat, am Gängelbande des Corpus Juris einherzugehen, wo der Practiker nicht mehr nach dem Corpus Juris zu greifen braucht, wo unsere Wißenschaft sich bereits auf eigne Füße gestellt hat. —

Bis dahin faßte ich vorzugsweise die Römischen Juristen ins Auge. Das hatte mit darin seinen Grund, weil gerade

der Theil des Corpus Juris, welcher den Werken dieser Männer entlehnt worden, der beste und noch heutzutage der wichtigste ist. Allein eine Kritik wird sich hierauf nicht zu beschränken haben, sie wird das ganze Corpus Juris umfaßen müßen. Und nicht bloß, soweit dasselbe Rechtsdeductionen enthält, auch die positiven Bestandtheile desselben müßen einer Prüfung unterzogen werden.

Hier werde ich dem Einwande begegnen, daß ein Jurist zwar de lege lata, aber nicht de lege ferenda zu sprechen habe, dies sei Sache des Gesetzgebers. Der angezogene Satz ist zwar richtig, soweit es sich um Anwendung des geltenden Rechtes handelt, allein die Aufgabe der Wißenschaft ist nicht identisch mit der des Practikers. Die Wißenschaft darf sich das Recht nicht nehmen laßen, auch über die Zweckmäßigkeit oder Nichtzweckmäßigkeit positiver Bestimmungen ihr Urtheil abzugeben. Ferner sind Jurist und Gesetzgeber gar keine Gegensätze: Juristen sind es ja vorzugsweise, welche die Gesetze machen müßen. Dem Gesetzgeber kann es nur lieb sein, wenn die Wißenschaft auch die positiven Bestimmungen des geltenden Rechtes kritisirt, weil er auf diese Weise Vorarbeiten für seine Gesetze erhält, an denen es ihm sonst fehlt.

Daß aber gerade auch den positiven Bestimmungen des Römischen Rechtes gegenüber Kritik geübt werde, ist um so nöthiger, weil gerade dieses Recht zu lange bloß Gegenstand unserer Bewunderung gewesen ist, und andererseits doch zu vielen Stoff für eine Kritik darbietet. Manches Römische Rechtsinstitut hat trotz eines siebenhundertjährigen Versuches noch immer nicht bei uns heimisch werden wollen. Z. B. das ganze Römische Familienrecht ist für uns immer noch ein Fremdling: das Dotalsystem und die Römischen Peculien sagen uns nicht zu. Andere Institute entsprechen ihrem Zwecke nur höchst unvollkommen, z. B. das Römische Pfandrecht dem Zwecke der Realsicherheit, und bedürfen deshalb einer wesentlichen Umgestaltung. Das schlechteste vom ganzen Römischen Recht ist aber das Erbrecht: das reine Linealsystem, wie es z. B. in Oesterreich gilt, gewährt eine weit einfachere

und durchdachtere Successionsordnung, als sie das Corpus Juris bietet; das Römische Notherbenrecht ist ein Wirrwarr, zwischen dem gar nicht durchzufinden; die Römischen Testamentsformen sind viel zu verwickelt u. s. w. —

Das dürfen wir uns nicht verhehlen: der Erfolg einer Kritik des Römischen Rechtes wird der sein, daß wir uns nach und nach vom Corpus Juris loswinden, dasselbe wißenschaftlich überwinden, und somit unser heutiges Recht entromanisiren. Es enthält das Corpus Juris allerdings manche ewige Wahrheiten, die werden bleiben, im übrigen aber wird das Römische Recht absterben.

Wenn dem so sein sollte, so würde das Corpus Juris einmal aufhören, der Mittelpunkt unserer Wißenschaft zu sein, es würde untergehen, wie alles Menschenwerk vergänglich ist, und nur noch historischen Werth behalten. Darin wird mancher ein Unglück sehen, ich sehe darin zunächst eine Nothwendigkeit, d. h. für den Fall, daß unsere Wißenschaft wahrhaft fortschreiten und die Römischen Juristen überholen sollte. Auch kann ich darin kein Unglück erblicken, würde es vielmehr für ein großes Glück halten, wenn ein solcher Zustand einmal eintreten sollte. Die Rechtswissenschaft ist eine practische Wißenschaft; das practische Recht muß stets ihre Hauptaufgabe sein. Die Bearbeitung des practischen Rechtes kann aber nur dann wahrhaft gedeihen, wenn Theorie und Praxis Hand in Hand gehen. Das ist gegenwärtig nicht der Fall. Wer aus der Theorie in die Praxis tritt, kommt sich gleichsam vor, als sei er in einen andern Welttheil versetzt. Die Fragen der Theorie sieht es höchstens am fernen Horizonte schimmern, dagegen was das practische Leben tagtäglich bringt, sind Fragen, über die er bisher noch nie nachgedacht hat. Ein solcher Zustand, ist kein harmonischer, aber bei dem ungeheuren Quellenmaterial, mit dem sich die Rechtswißenschaft herumschleppen muß, gewissermaßen eine Nothwendigkeit. Der Practiker, welcher auf allen Gebieten des Rechts zu Hause sein soll, hat keine Zeit zu eingehenden Quellenstudien, und den Theoretiker, welcher sich zwar auf ein bestimmtes Gebiet

beschränken kann, läßt umgekehrt die Massenhaftigkeit des Quellenmaterials nicht dazu kommen, sich mit dem practischen Rechtsleben vertraut zu machen. In dieser Beziehung hat also das Corpus Juris seine großen Nachtheile: die der Rechtswißenschaft so nöthige Harmonie zwischen Theorie und Praxis würde weit leichter zu erreichen sein, stände das ungeheure Quellenmaterial nicht im Wege.

Wenn aber das Corpus Juris sogar ein Unglück für unsere Wißenschaft sein sollte, so liegt der Gedanke nahe, sich desselben mit einem Schlage, etwa durch eine allgemeine deutsche Privatrechtsgesetzgebung zu entledigen. Allein einer solchen Codification des gesammten Privatrechts bin ich überhaupt nicht zugeneigt. Ich will zwar der Gegenwart weder die Berechtigung noch die Fähigkeit zur Gesetzgebung absprechen. Auf jeden Fall würde eine heutige Codification unendlich beßer werden, als die im Corpus Juris veranstaltete. Man betrachte dies Justinian'sche Machwerk doch einmal unbefangen: zunächst ein Institutionenlehrbuch von Gajus, durchflochten mit Sätzen, die einer spätern Rechtsbildung angehören; in den Digesten ein Sammelwerk juristischer Literatur mit etlichen Ballhornismen und voller Widersprüche — auf fast jeder Seite der Digesten dürften sich Widersprüche nachweisen laßen —; im Codex eine Sammlung Gesetzesbruchstücke, nach Ordnung der Digesten zusammengestellt; dann in den Novellen eine chronologisch geordnete Sammlung von vollständigen Gesetzen. Wenn heutzutage der deutsche Bundestag eine allgemeine Deutsche Gesetzgebung in der Weise veranstalten wollte, daß ein Institutionenlehrbuch mit fremdartigen Zusätzen durchflochten, ein aus den Werken der juristischen Schriftsteller der letzten Jahrhunderte veranstaltetes Sammelwerk grausam verstümmelt, aus den Reichs- und Particulargesetzen ein Auszug gemacht, und hieran eine Anzahl von Bundesgesetzen mit möglichst vielem Schwulste und Bombast angeschlossen würde, so wäre das etwa ein Analogon des Corpus Juris, allein ein so jämmerliches Deutsches Gesetzbuch, daß niemand an dessen Möglichkeit glauben wird.

Gerade so jämmerlich, wie nun ein derartiges Deutsches Gesetzbuch sein würde, gerade so jämmerlich ist das Corpus Juris. Es liegt durchaus kein Grund vor, Kaiser Justinian und dessen Räthen Complimente zu machen; das Corpus Juris ist ein höchst jämmerliches Machwerk. Den Code Napoléon darf man gewiss nicht als Muster eines Gesetzbuches hinstellen, aber zehnmal beßer als das Corpus Juris ist er jedenfalls. Das Corpus Juris sollte ein Lehr- und Gesetzbuch zu gleicher Zeit sein. Schon diese bloße Idee verräth, daß sie einer Zeit entstammt, wo man es weder verstand, Gesetzbücher zu machen, noch Lehrbücher zu schreiben; und indem man beides durch ein und dasselbe Werk zu erreichen suchte, mußte es um so sicherer von Anfang bis zu Ende ein verfehltes werden.

Das brauchen wir also nicht zu fürchten, daß eine heutige Codification hinter dem Corpus Juris zurückbleiben würde. Aber gegen eine Codification des gesammten Privatrechts sprechen andere Gründe, und jedenfalls dürfte der in Frage stehende Zweck hierdurch nicht erreicht werden. Das Gebiet des Privatrechts ist zu umfaßend; wenn dasselbe jetzt mit einem Male codificirt werden sollte, so würden, wie dies bei so umfangreichen Arbeiten nur zu leicht angeht, zu viele Irrthümer und Verkehrtheiten mit Platz greifen; es würde gar nicht die erforderliche Zeit da sein, jeden Satz gehörig zu überlegen und zu bedenken. Der Weg, den man jetzt betreten hat, ist der beste. Zunächst ist das Wechselrecht codificirt, gegenwärtig ist man mit dem Handelsrecht beschäftigt, und wenn, was wir hoffen wollen, Deutschland nur erst sein allgemeines Handelsrecht hat, wird es nicht fehlen, daß es auch auf andern Theilen des Privatrechts zu einer allgemeinen Codification kommt. Ein System aufzustellen, ist überhaupt nicht Aufgabe der gesetzgebenden Gewalten; eine Gesetzgebung hat da einzugreifen, wo ein gesetzgeberisches Bedürfnis vorhanden ist; dieser Bruchstücke, welche die Gesetzgebung hergibt, bemächtigt sich dann die Wißenschaft, deducirt auf Grundlage derselben weiteres Recht und faßt sie in einem System

zusammen. Es ist nicht ersprießlich, daß da Gesetze gegeben werden, wo hierzu kein Bedürfnis nöthig; und daß unser Privatrecht in allen seinen Theilen einer neuen Gesetzgebung bedürfe, läßt sich wol kaum behaupten.

Allein sollte es auch wirklich zu einer allgemeinen Codification des gesammten Privatrechts kommen, was ich nicht für wünschenswerth halte, so würde damit das Corpus Juris noch immer nicht überwunden sein. Eine derartige Codification würde sich mehr oder weniger den jetzt herrschenden Ansichten anlehnen. Nun ist aber unsere Wißenschaft dermalen noch zu innig mit dem Corpus Juris verknüpft, und dieses Abhängigkeitsverhältnis der Wißenschaft vom Corpus Juris würde sich auf das neue Gesetzbuch übertragen; man würde dann doch wieder, um dieses vollständig zu verstehen, sich genöthigt sehen, auf das Corpus Juris zurückzugehen; und das Justinian'sche Gesetzbuch, welches man abschaffen wollte, würde, zumal bei der gründlichen Natur des Deutschen, auf allen Ecken und Enden wieder zum Vorschein kommen, und sein Ansehen vielleicht noch größer werden, als zuvor.

Das Corpus Juris muß wißenschaftlich vernichtet werden; nur so vermögen wir uns desselben auf die Dauer zu erwehren. Die ewigen Wahrheiten freilich, die dasselbe enthält, müßen wir uns aneignen, im übrigen aber mit schonungsloser Kritik wider dasselbe verfahren.

Wenn ich den Umstand, daß das Corpus Juris noch immer den Mittelpunkt unserer Wißenschaft bildet, als ein Unglück für unsern heutigen Rechtszustand bezeichnet habe, so möchte ich nicht gerne misverstanden werden. Ich will es durchaus nicht in Abrede nehmen, daß das Corpus Juris uns einmal seine sehr guten Dienste geleistet hat. Einerseits sind die wißenschaftlichen Leistungen der Römischen Juristen für uns nicht verloren gegangen: wir haben nicht nöthig gehabt wieder von vorne anzufangen; und das allein war schon ein großer Gewinn, den die Reception des Römischen Rechtes uns gebracht hat. Dazu kommt noch, daß die Reception des Römischen Rechtes eine einheitliche Rechtswißenschaft und einen ein-

heitlichen Rechtszustand überhaupt erst möglich gemacht hat. Es ist allerdings durch die Aufnahme dieses Fremdlings manches Deutsche Rechtsinstitut zu Grunde gerichtet: das mag man beklagen. Auf der andern Seite sei man aber gegen diesen Fremdling auch nicht ungerecht. Das Römische Recht hat uns doch in gewisser Hinsicht zu einer Einheit verholfen. Was möchte bei der Zersplitterung, die im übrigen so lange Jahrhunderte das Loos unseres Vaterlandes gewesen ist, das wol für ein Rechtszustand geworden sein, wenn jedes kleine Ländchen auch auf dem Gebiete des Privatrechtes sich selber überlaßen gewesen wäre! Ein Bild im kleinen haben wir, wenn wir das Deutsche Recht, da, wo es dem Römischen Stand gehalten hat, betrachten. So gilt z. B. in den meisten Meklenburgischen Städten nicht das Römische Dotalrecht, sondern eheliche Gütergemeinschaft. Allein das Güterrecht einer jeden Stadt ist ein anderes.

Aber diese Dienste hat das Corpus Juris einmal geleistet. Jetzt, nachdem die wißenschaftlichen Leistungen der Römischen Juristen in unser Fleisch und Blut übergegangen sind, und nachdem uns das Corpus Juris zu einer einheitlichen Rechtswissenschaft und, wenigstens in gewissem Sinne, zu einem einheitlichen Rechtszustande verholfen hat, können wir desselben entbehren; jetzt bringt das Beibehalten des Corpus Juris nur noch Nachtheile mit sich, und weder die Einheit, welche wir demselben verdanken, ist genügend, noch reichen die wißenschaftlichen Leistungen der Römischen Juristen für alle Ewigkeit aus. —

Der Glaube, daß das Corpus Juris, insonderheit die Aussprüche der Römischen Juristen unfehlbar seien, hat höchst nachtheilig auf die Interpretation desselben eingewirkt. Damit hängt innig zusammen die Vorstellung, daß das Corpus Juris in gewisser Weise vollständig sei, und auf alles eine Antwort enthalten müße: für jeden einzelnen Fall, glaubt man, sei die Entscheidung schon im Corpus Juris getroffen, so daß man nur nachzuschlagen brauche; und was von einzelnen Fällen, gilt auch von allgemeineren Fragen. Statt sich auf sich selber

zu verlaßen, sucht man nach Stellen im Corpus Juris, und eine solche Stelle fällt schwerer ins Gewicht, als die beste Begründung.

Wer sucht, der findet; und so werden auch häufig Stellen gefunden, die das, was sie enthalten, keineswegs enthalten. Dies Stellensuchen ist einer unbefangenen Beurtheilung des Corpus Juris im hohen Grade hinderlich. Dazu kommt noch das Bestreben, alle Widersprüche aus dem Corpus Juris zu beseitigen. Diese drei Umstände: der Glaube an die Unfehlbarkeit des Corpus Juris, die Vorstellung von dessen Vollständigkeit, und das Bestreben, Widersprüche aufzulösen, wirken vereint zusammen, ein unbefangenes Lesen des Corpus Juris geradezu unmöglich zu machen.

Justinian sagt allerdings in constitutio Tanto §. 15 mit Bezug auf Institutionen, Digesten und Codex, es kämen hier keine Widersprüche vor, man solle nur jedesmal recht genau zusehen, dann würde sich der Widerspruch wol auflösen. Allein das ist einfach unrichtig. Ich sagte vorhin, auf fast jeder Seite der Digesten dürften sich Widersprüche nachweisen laßen, und das ist keine Uebertreibung: die Bestandtheile einer dritte-halbhundertjährigen Literatur sind zu mannigfaltig, als daß sie, noch dazu von Justinian'schen Compilatoren, zu einem einheitlichen Ganzen hätten vereinigt werden können. Wenn zwar die gegenwärtigen Darstellungen des Römischen Rechtes diese Menge von Widersprüchen kaum ahnen laßen, so hängt das mit der Art und Weise, wie man das Corpus Juris überhaupt interpretirt, zusammen, worauf ich jetzt näher eingehen will.

Zuvörderst ist es Princip, daß man sich um die Gründe, welche den Entscheidungen im Corpus Juris beigegeben sind, möglichst wenig kümmert. Die Entscheidungen werden aus ihrem Zusammenhange herausgerißen, und denselben höchst willkürlich andere Entscheidungsgründe substituirt. Auf diese Weise verschwinden manche Widersprüche. Hätte man die Begründung mitgegeben, so würde auf den ersten Blick klar geworden sein, daß z. B. die betreffenden Römischen Juristen

von wesentlich verschiedenen Auffaßungen ausgingen, und an eine Einigung nicht zu denken sei. Hierher gehört z. B. die Mommsen'sche Erklärung von fr. 31 pr. Nov. und fr. 56 §. 8 V. O.[3]) Ein anderes Beispiel liefern fr. 41 §. 11 de A. R. D. 41, 1 und fr. 30 §. 1 de usurp. & usuc. 41, 3. In der ersteren Stelle wirft Gajus die Frage auf, ob, wenn ein vom Erbauer verkauftes, vom Käufer erseßenes Gebäude späterhin niedergerißen worden, dem Eigenthümer des Materials noch eine Vindication zustehe. Er bejaht die Frage, weil eine Ersitzung des Hauses als Ganzen nicht auch eine Ersitzung der einzelnen Bestandtheile zur Folge habe. In d. fr. 30 §. 1 beschäftigt sich Labeo mit dem Falle, wenn Jemand, dem zur Ersitzung von Ziegeln oder Säulen noch zehn Tage fehlten, diese mit einem Gebäude vereinigt hätte, und meint, er werde nichtsdestoweniger ersitzen, wenn er das Gebäude in Usucapionsbesitz gehabt hätte. Dieser Zusatz „si aedificium possedisset"[4]) weist darauf hin, daß Labeo die Ersitzung der Ziegeln und Säulen jetzt mit der Ersitzung des Gebäudes vor sich gehen laßen wollte. Noch klarer wird dies durch den Schluß unserer Stelle, wo Labeo für solche Fälle, wo Mobilien mit Mobilien, z. B. eine Gemme mit einem Ringe, vereinigt werden, zu dem entgegegesetzten Ergebnis gelangt, daß Gold und Gemme für sich beseßen und erseßen würden, da hier beides ein Ganzes bleibe. Labeo und Gajus gingen also von ganz verschiedenen Auffaßungen aus: der eine nahm an, daß mit der Ersitzung eines Hauses auch die einzelnen Bestandtheile erseßen würden, der andere behauptete das Gegentheil. Dies wird klar, sobald man näher zusieht, wie Labeo und Gajus ihre Entscheidung begründet und motivirt haben. Statt dessen hat man darauf Gewicht gelegt, daß im einen Falle der Besitz der ganzen Sache erworben, im andern dagegen eine beseßene Sache mit einer andern beseßenen ver-

---

[3]) Vgl. Mommsen, Mora, Ste 334 und dazu oben Ste 118. —

[4]) Dieselbe Bedeutung, welche hier possidere hat possessio, z. B. in fr. 19 ex quib. caus. maj. 4, 6 vba.: placet interruptam possessionem und fr. 30 eodem. —

bunden werde, und ist zu feinen Unterscheidungen gelangt.[5]) Was insbesondere die Vangerow'sche[6]) Auslegung von d. fr. 30 §. 1 anbetrifft, so ist dagegen zu erinnern, daß auf diese Weise „si aedificium possedisset" ein müßiger Zusatz sein würde, und wenn gedachter Schriftsteller im Schlußsatze keinen Gegensatz erblickt, so dürfte ein solcher durch die Nebensätze „quae non quidem implicantur rebus soli, sed mobilia permanent" und „quum utrumque maneat integrum" doch wol hinlänglich genug angedeutet sein. — Daß durch eine derartige Interpretation, welche den Römischen Entscheidungen ganz andere Gründe unterschiebt, der Sache kein Heil erwächst, liegt auf der Hand: zu manchen spitzfindigen Unterscheidungen würde man nicht gelangt sein, wenn man sich mehr um die im Corpus Juris enthaltene Begründung bekümmert hätte. —

Und wie man dies Mittel, den Römern andere Gründe unterzulegen, angewandt hat, Widersprüche zu beseitigen, dient dasselbe auch dazu, Verkehrtheiten zu halten. Entscheidungen, deren Unrichtigkeit auf der Hand liegt, sobald man sich nur um die Gründe kümmert, durch welche sie veranlaßt sind, glaubt man gleichwol als richtig vertheidigen zu müßen und sucht nach neuen Gründen. Ein Beispiel liefert z. B. Alciat's Erklärung von fr. 29 §. 1 V. O.[7]) Ein anderes bietet uns fr. 41 §. 3 de J. D. 23, 3, wo folgende zwei Fälle vorgetragen und entschieden werden. Es hat eine Frau ihren Schuldner zum Zwecke der Dosbestellung ihrem Manne unter einer Bedingung delegirt, während schwebender Bedingung ist der Schuldner zahlungsunfähig geworden, wen trifft dieser Schaden? — Paulus meint die Frau, denn man könne nicht annehmen, daß der Ehemann zu einer Zeit, wo er vom Schuldner gar nicht fordern konnte, sich dessen Credit überlaßen habe, „nomen secutum eo tempore, quo exigere non potuerit." — Wenn aber der Schuldner bereits damals, als

---

[5]) Vgl. Vangerow, Pandekten, Band I, §. 204, Anm. 2. —

[6]) Vangerow a. a. O. —

[7]) Siehe oben Seite 85 ff. —

er dem Ehemann das bedingte Versprechen ablegte, zahlungsunfähig war, trage der Mann den Schaden, weil man annehmen müße, daß er wißentlich einer solchen Forderung vertraute, wie sie zu Anfang war.[8]) — Paulus unterscheidet also, ob die Zahlungsunfähigkeit erst während schwebender Bedingung eintrat, oder bereits zu Anfang vorhanden war; im ersteren Falle soll die Frau, im zweiten den Mann der Schaden treffen: er begründet seine Ansicht damit, daß dies Absicht der Contrahenten, und namentlich Wille des Ehemannes sei. — Hält man sich an diese Begründung, so liegt auf der Hand, auf wie schwachen Füßen die Entscheidung des Paulus steht. Warum soll es bei bedingter Delegation, wenn der Delegirte gleich zu Anfang zahlungsunfähig, Wille des Mannes gewesen sein, den Schaden zu stehen? — Es ist hier alles reine quaestio facti. Es kann bei bedingter Delegation, sowol wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners erst nachher eintrat, als auch wenn sie gleich anfangs vorhanden war, der Mann die Gefahr auf sich nehmen wollen; es ist aber auch möglich, daß seine Absicht in beiden Fällen eine andere ist. Was von bedingter, gilt dann ebenso gut von unbedingter Delegation: auch hier hängt alles vom Willen des Delegatars ab. Es ist mithin in dieser Beziehung ein Unterschied zwischen delegatio und cessio dotis causa nicht ersichtlich. — Statt aber sich an die Begründung des Paulus zu halten, ist man davon ausgegangen, seine Entscheidungen müßten nothwendig richtig sein. Die eine Entscheidung hat man ganz willkürlich als Ausnahme, die andere ebenso willkürlich als Regel behandelt. Als Regel die, daß der Mann bei bedingter Delegation die Gefahr trage. Diese Regel, hat man dann weiter gemeint, müße auch bei unbedingter Delegation eintreten. Als Grund hierfür hat man das Princip ausfindig gemacht, daß eine Delegation juristisch so aufzufaßen sei, als

[8]) „Quod sciens tale nomen secutus videretur, quale initio obligationis fuerit." — Sollte initio obligationis hier wiederum bedeuten „zu Anfang der ehelichen Verbindung", d. i. „zu Anfang der Ehe."? Siehe oben Ste 9. —

wenn der Delegant dem Delegatar das Object der delegirten Forderung wirklich gegeben, und dieser es dann dem Delegatus creditirt hätte.[9] Paulus zum wenigstens beruft sich auf dieses Princip nicht, und als ein allgemeines der Delegation wird es in den Quellen überhaupt nicht aufgestellt.

Aber mit diesem Mittel allein, daß man an die Stelle der im Corpus Juris enthaltenen Gründe andere setzt, hat man es noch nicht möglich gemacht, dem Corpus Juris den Stempel des Unübertrefflichen aufzuprägen; hierzu ist daneben noch ein förmliches System von — ich kann nicht anders sagen als — Schlichen und Ränken nöthig gewesen, welches man bei der Interpretation des Corpus Juris zur Anwendung gebracht hat. Die Stellen, welche dem jeweiligen Schriftsteller gerade passen, werden vorangestellt, werden ausgeschrieben, auch wol gar groß gedruckt; dagegen die misliebigen Stellen müßen sich mehr im Hintergrunde aufhalten. Mit diesen misliebigen Stellen wird dann entweder eine ganz erbarmungslose Interpretation vorgenommen, oder der Text wird geändert, z. B. ein non eingeschoben oder weggelaßen; auch sagt man wol von dieser oder jener Stelle, Kaiser Justinian habe hier einmal ein Stück Rechtsgeschichte mittheilen wollen, für das heutige Recht käme daher die betreffende Stelle nicht mehr in Betracht; oder die Stelle stehe nicht in Einklang mit der heutzutage zur Anerkennung gelangten freieren Interpretation der Verträge;[10] oder man spricht von mehr oder weniger gelungenen Versuchen, die ihrer Natur nach niemals Gesetzeskraft ansprechen dürfen;[11] und dgl. mehr. Kann man sich aber gar nicht anders retten, dann wird eine Singularität angenommen, und mit solchen Singularitäten sind wir denn auch reichlich genug bedacht worden.

---

9) Meyerfeld im Rhein. Museum, Bd. VII, Ste 90 ff. u. Ste 372 ff. — Vangerow, Pandekten, Band I, §. 217, Anm. 1. —

10) Vgl. Mommsen, Mora, Ste 336 und dazu oben Ste 119. —

11) Vgl. Vangerow, Pandekten, Band III, §. 587, bei Gelegenheit von fr. 88, §. 3, ad leg. Falc. 35, 2. —

Das Corpus Juris muß unbefangener gelesen werden, und das Streben der Wißenschaft mehr darauf gerichtet sein, den wahren Inhalt desselben zu ermitteln, als demselben eine Unübertrefflichkeit anzuzaubern, die ihm in der That abgeht. So wie die Dinge gegenwärtig stehen, ist das Corpus Juris ein wahrer Hemmschuh für den gesunden Menschenverstand, und die Interpretation desselben mehr eine Quälerei als Wißenschaft. Von einem romanistischen Schriftsteller verlangt man, daß er die Widersprüche des Corpus Juris in bloßen Schein auflöst, daß er auf jede Frage eine Antwort aus dem Corpus Juris zu geben vermag, und daß er, bei Leibe nicht! Sätze des Corpus Juris in Frage stellt, wol gar für unrichtig erklärt. Ich habe nicht vermocht, das fertig zu bringen, und muß auch behaupten, daß daneben eine unbefangene Interpretation des Corpus Juris unmöglich ist.

Das Bestreben, alle Widersprüche aus dem Corpus Juris zu entfernen, gebe man nur auf, es wird doch nicht gelingen und führt nur zu Spitzfindigkeiten; ferner laße man den Glauben fahren, als ob alles, was im Corpus Juris stehe, nothwendig richtig sein müße, sondern interpretire unbekümmert um das Resultat, dasselbe mag vernünftig oder unvernünftig werden; auch gebe man die Meinung auf, daß das Corpus Juris auf jede Frage eine Antwort enthalten müße, und verlaße sich mehr auf sich selber: auf diese Weise werden wir den wahren Inhalt des Corpus Juris weit beßer kennen lernen, und auf Wahrheit muß doch das Streben jeder Wißenschaft gerichtet sein.

Insonderheit kümmere man sich mehr um die Begründung, wie sie im Corpus Juris enthalten ist. Dadurch, daß man dies unterläßt und den Römischen Entscheidungen willkürlich andere Gründe unterlegt, entsteht ein unklares Gemisch von Römischem und nicht-Römischem Recht. Ich habe durchaus nichts dagegen, daß man die Entscheidungsgründe des Corpus Juris, und namentlich der Römischen Juristen, da verläßt, wo man sie nicht für richtig hält, ich will ja nicht einmal die Entscheidungen ohne weiteres gelten laßen. Allein

man muß sich dessen nur bewußt, man muß sich darüber klar werden, was Inhalt des Corpus Juris und was eigene Zuthat ist. Daher bin ich in gegenwärtiger Abhandlung bemüht gewesen, zunächst das reine Römische Recht zu ermitteln, mich nicht mit den Entscheidungen zu begnügen, sondern auch den Gründen nachzugehen, welche die Römischen Juristen zu diesen Entscheidungen veranlaßten; erst hierauf habe ich meine eigene Ansicht dargelegt, habe angegeben, in wie weit ich den Inhalt des Corpus Juris für richtig halte, und bin namentlich auch auf eine Prüfung der im Corpus Juris enthaltenen Gründe eingegangen.

Wir müßen mit den Römischen Juristen geradeso umgehen, wie mit den heutigen. Wenn es sich um die Beurtheilung der Ansicht eines heutigen Juristen handelt, so prüfen wir dessen Gründe, und je nachdem wir nur die Gründe für verkehrt, das Resultat aber für richtig halten, sind wir bemüht, dieses durch beßere Gründe zu stützen; können wir aber weder dem Resultate noch den Gründen unsere Zustimmung ertheilen, versuchen wir eine andere Ansicht zu vertheidigen. Gerade so müßen wir den Römischen Juristen gegenüber zu Werke gehen.

Es gab einmal eine Zeit, wo die Naturwißenschaften in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnisse zu Aristoteles und andern Schriftstellern des Alterthumes standen, wie heutzutage die Rechtswißenschaft zum Corpus Juris. Man interpretirte Aristoteles: hier glaubte man alles finden zu können, und was Aristoteles sagte, hielt man unbedingt für richtig. Die Naturwißenschaften haben seit lange Aristoteles überwunden, und wahrlich nicht zu ihrem Schaden: wir sehen sie frei und fröhlich gedeihen und zu nie geahnter Höhe gelangt. Sollte der Rechtswißenschaft, falls es ihr vergönnt wäre, sich der Fesseln zu entschlagen, in denen sie das Corpus Juris gefangen hält, nicht auch noch eine ähnliche Zukunft bevorstehen? Sollte auch sie sich, wenn sie sich dieser Banden entledigt sähe, nicht freier und fröhlicher entfalten? — Ein Nachlaßen im Studium des Corpus Juris kann allerdings ein

Verfallen der Wißenschaft zu ihrer Ursache haben; wenn aber dieses Nachlaßen im Studium des Corpus Juris mit Bewußtsein geschähe, wenn unsere Wißenschaft, nach gerade einmal überdrüßig des siebenhundertjährigen Lehrmeisters, sich versuchte auf eigne Füße zu stellen, könnte dann darin nicht auch ein Zeichen großer, ihr innewohnender Kraft liegen?

Man wird einwenden, die Rechtswißenschaft laße sich mit den Naturwißenschaften nicht vergleichen; die Naturwißenschaften hätten die Erforschung der Naturgesetze zu ihrem Gegenstande, hier sei es klar, daß von der Interpretation eines Schriftstellers nicht alles Heil erwartet werden könne; dagegen die Rechtswißenschaft sei zu sehr mit positivem Material umstrickt, als daß hier ein ähnlicher Prozeß auch nur gedenkbar wäre.

Ein Unterschied ist vorhanden, das kann nicht in Abrede genommen werden. Die Naturwißenschaften haben es nur mit Gesetzen zu thun, dagegen aus lauter Gesetzen a priori läßt sich kein Recht, also auch keine Rechtswißenschaft construiren. Die Rechtswißenschaft bedarf eines positiven Materials, welches die Rechtsquellen hervorbringen, zu ihrer Grundlage. Ich will auch zugeben, daß aus diesem Grunde bei den Naturwißenschaften der erwähnte Proceß sich leichter vollziehen konnte. Allein wenn auch die Rechtswißenschaft einer positiven Grundlage nothwendig bedarf, so ist sie darum keineswegs ohne Gesetze. Die Rechtswißenschaft ist die Wißenschaft des gesunden Menschenverstandes; und diese Gesetze des gesunden Menschenverstandes aufzusuchen, ist die Aufgabe der Rechtsgelehrten. Eine Rechtswißenschaft ohne positives Material ist allerdings nicht denkbar, aber von diesem positiven Material abgesehen, ist alles gesunder Menschenverstand, versteht sich alles von selber.

Man rühmt so gewaltig die Römischen Juristen. So eifre man ihnen doch nach! Diese hatten doch auch kein Corpus Juris, und wurden fertig. Warum sollten wir nicht auch ohne Corpus Juris fertig werden? Die Römischen Juristen waren angewiesen auf ein ziemlich dürres positives

Material, und auf Grundlage desselben verstanden sie es, ein Gebäude aufzuführen, das ihre Schöpfer lange überlebt hat. Kehren wir lieber zu der Quelle zurück, aus der die Römischen Juristen schöpften, anstatt uns auf eine Interpretation ihrer Werke zu beschränken.

Die Römischen Juristen waren Männer der Praxis; sie entschieden die Fälle, die ihnen vorkamen, so weit keine positive Bestimmung vorlag, nach ihrem gesunden Menschenverstande, und auf Grundlage der so entschiedenen Fälle fanden sie dann ihre Rechtsregeln. Die Rechtsregel, die ein Jurist gefunden hatte, war aber vielleicht verkehrt: sie mochte für die Fälle, worüber er nachgedacht hatte, zu einem vernünftigen Ergebnis führen; allein es gab noch andere Fälle, die ihm entgangen waren, die auch unter seine Rechtsregel fielen, für welche diese aber zu einer Absurdität wurde; die Rechtsregel bedurfte daher einer Verbeßerung. So, um ein Beispiel anzuführen, wo das Gesagte sich recht auffallend bestätigt, hatte Labeo die Rechtsregel aufgestellt, daß, wenn sowol Käufer als Verkäufer sich in Mora befänden, die Mora des Käufers die Nachtheil bringende sei;[12]) Labeo hatte aber den Fall vor Augen gehabt, wo die Mora des Käufers die spätere gewesen war.[13]) Für diesen Fall führte die Rechtsregel des Labeo zu einem ganz verständigen Resultate, aber sobald man die Mora des Verkäufers als die spätere setzte, konnte man mit der Labeoschen Rechtsregel nicht auskommen. Daher berichtigte Pomponius den Labeo dahin, daß die spätere Mora die Nachtheil bringende sei.[14])

Das war überhaupt die Art und Weise, wie die Römische Rechtswißenschaft fortschritt, daß kein Jurist auf die Rechtsregeln, die ein anderer gefunden hatte, als auf festen Grund weiter baute. Die Römischen Juristen prüften die vorhandenen Rechtsregeln an den Fällen, die ihnen das practische

---

[12]) Fr. 51 pr. A. E. V. 19, 1. —

[13]) Dies beweisen in den angeführten Stellen die verschiedenen Tempora „facta esse" und „faciente".

[14]) Fr. 17 de periculo 18, 6. —

Leben darbot, sie übten hieran fortwährend ihren gesunden Menschenverstand, und fanden sie, daß die überkommenen Rechtsregeln nicht ausreichten, so nahmen sie eine Verbeßerung mit denselben vor.

In dieser Beziehung ist der Römischen Rechtsgeschichte noch ein weites Feld geöffnet. Es gibt noch keine Geschichte der Römischen Wißenschaft. Man hat das Corpus Juris überhaupt zu sehr vom Standpunkte der Compilatoren aus betrachtet, so daß man das reiche Material, welches die Digesten für eine Geschichte der Römischen Wißenschaft bieten, kaum beachtete. Und doch dürfte gerade dieser Theil der Römischen Rechtsgeschichte der allerinteressanteste werden, wo uns das Ringen des Römischen Geistes nach Fortschritt vorgeführt würde, wo wir sähen, wie eine Rechtsregel nach der andern bei Seite geworfen wird, wie die anfängliche Rohheit und Unbeholfenheit immer mehr verschwindet, und wie, von anscheinend unbedeutenden Anfängen ausgehend, es der Wißenschaft nach und nach gelingt, ein stolzes und erhabenes Gebäude aufzuführen.

Treffend sagt von den Rechtsregeln Paulus:[15]) „non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat," d. h. die überkommenen Rechtsregeln sind nicht immer ein zuverlässiger Wegweiser für das Finden des Rechtes, sondern umgekehrt aus dem jus quod est müße die Rechtsregel gebildet werden. Welches ist das jus quod est? Das ist gerade das Recht, welches der gesunde Menschenverstand uns an die Hand gibt.

Sabinus vergleicht in derselben Stelle ebenso passend die Rechtsregel mit einer Causä Conjectio[16]) „quae, simul quum in aliquo vitiata est, perdit officium suum" d. h. die, sobald sie in einer Beziehung fehlerhaft, ihren Dienst versage.

Es reicht nicht aus, die Thätigkeit eines Juristen mit Savigny als ein Rechnen mit Begriffen zu bezeichnen. Das

---

[15]) Fr. 1 R. J. 50, 17. —

[16]) Siehe darüber Keller, Römischer Civilproceß, §. 13. —

ist der Standpunkt einer stillstehenden Wißenschaft, ein Ausfluß jener Anschauung, wonach die Begriffe im Corpus Juris schon alle für uns zurecht gemacht wären, so daß wir weiter nichts zu thun hätten, als die Sätze des Corpus Juris auf die Fälle des practischen Lebens zur Anwendung zu bringen. Die fortschreitende Wißenschaft rechnet nicht bloß mit den vorhandenen Rechtsregeln, sondern sucht auch nach neuen, und auf diesem Standpunkte einer fortschreitenden Wißenschaft stehen die Aussprüche des Paulus und Sabinus.

Die Rechtswißenschaft hat also auch ihre Gesetze, und mit der Erforschung dieser Gesetze, mit der Aufstellung von Rechtsregeln sind die Römischen Juristen schon längst beschäftigt gewesen. Aber so großes und gediegenes auch diese Begründer unserer Wißenschaft geleistet haben — das Gebiet einer jeden Wißenschaft ist unendlich. Wir dürfen auf die Aussprüche der Römischen Juristen nicht als auf einen festen, unerschütterlichen Grund bauen, denn jedes menschliche Machwerk ist gebrechlich; wir müßen über das Corpus Juris hinaus, müßen fortschreiten, müßen zu der Quelle zurückkehren, aus der die Römischen Juristen schöpften, müßen, wie sie es selber thaten, unablässig die Richtigkeit der uns überlieferten Rechtsregeln prüfen, uud nicht müde werden, das alte mit neuem zu vertauschen.

Wenn die Rechtswißenschaft die Wißenschaft des gesunden Menschenverstandes ist, wenn abgesehen von den paar positiven Brocken, welche die Rechtsquellen ihr zur Unterlage verleihen, sich in der Rechtswißenschaft alles von selber versteht, so könnte das leicht die Meinung erwecken, als ob ein jeder Laie ohne weiteres berufen sei, über juristische Dinge ein Wort mitzureden, ja, als ob es mit einer solchen Wißenschaft, bei der sich alles von selber verstehe, nicht weit her sei. Man hat auch von der Mathematik gesagt, daß sich bei derselben alles von selber verstehe, das möge zunächst beruhigen. Dann liegen aber die Gesetze des gesunden Menschenverstandes keineswegs so klar vor Augen, daß man nur nöthig hätte zuzugreifen. Z. B. daß durch bedingte Expromissio und De-

legatio die ursprüngliche Obligation in eine umgekehrt-bedingte verwandelt werde, und daß bedingte Novation im engern Sinne das Schuldverhältnis nur zu einem unbestimmt-betagten mache, versteht sich auch von selber, das sagt einem auch der gesunde Menschenverstand. Aber wie lange hat es gedauert, wie vieler Hin- und Herschwankungen hat es nicht bedurft, bis sich die Römische Wißenschaft zu dieser Wahrheit emporarbeitete!

Auch die Rechtswißenschaft hat demnach ihre Gesetze. Die Aufgabe der Wißenschaft ist es, diese Gesetze aufzusuchen und festzustellen; dabei darf sie sich nicht sorglos an überlieferte Rechtsregeln anlehnen, sondern muß im Zustande ewiger Prüfung verharren.

Der Gang, den unsere Darstellung bis dahin genommen, ist dieser gewesen. Ich ging davon aus, der herrschenden Ansicht, die in den Römischen Juristen unnahbare Heroen sieht, die meint, daß unsere heutige Wißenschaft für alle Ewigkeit fest an das Corpus Juris gekettet, und daß ein Nachlaßen im Studium des Corpus Juris gleichbedeutend sei mit Verfall der Wißenschaft, entgegenzutreten. Ich stellte zunächst die Thatsache entgegen, daß das Corpus Juris auch Irrthümer enthalte, und namentlich Irrthümer von Römischen Juristen, selbst die klassischen nicht ausgenommen. Hieran reihte sich die Frage, welche Stellung die Wißenschaft und Praxis den Römischen Irrthümern gegenüber einzunehmen habe. Wir wurden uns darüber einig, daß es Aufgabe der Wißenschaft sei, den Irrthum aufzudecken, unbekümmert, wo sie ihn finde; was aber die Praxis anlangt, so kamen wir im allgemeinen zu dem Ergebnis, daß dieselbe zwar an die Irrthümer eines Gesetzgebers, nicht aber an ihre eignen gebunden sei. Da nun das Römische Recht bei uns nicht als Gesetzesrecht, sondern als Recht der Praxis gilt, so sind auch für uns die Römischen Irrthümer nur Irrthümer der Praxis, die also von dieser ohne weiteres aufgegeben werden können. — Weil das Corpus Juris Irrthümer enthält, dürfen wir uns demselben nicht sorglos anvertrauen, sondern müßen es gewissenhaft

kritisiren. Dabei wird dann freilich unsere Aufgabe eine andere werden, als sie von der herrschenden Ansicht hingestellt wird. Wir werden in den Römischen Juristen keine unnahbaren Heroen erblicken; wir werden uns nicht darauf beschränken wollen, diesen nur nachzustreben; wir werden vielmehr bemüht sein, dieselben zu übertreffen. — Diese Kritik ist um so nothwendiger, weil das Corpus Juris zu lange bloß Gegenstand unserer Bewunderung gewesen ist. Aus demselben Grunde hat sich die Kritik auch nicht auf die bloßen Irrthümer zu beschränken, sondern auf die positiven Bestimmungen sich gleichfalls mitzuerstrecken und über deren Zweckmäßigkeit u. dgl. ihr Urtheil abzugeben. Der Einwand, daß der Jurist sich nur um das gegebene, nicht das zu gebende Gesetz zu bekümmern habe, ist unbegründet und würde dem Corpus Juris gegenüber der richtigen Auffaßung zufolge gar nicht einmal in Betracht kommen. — Das dürfen wir uns nicht verhehlen: der endliche Erfolg einer Kritik des Römischen Rechtes wird der sein, daß wir uns nach und nach vom Corpus Juris loswinden, dasselbe wißenschaftlich überwinden, und somit unser heutiges Recht entromanisiren. Und das würde ein wahres Glück für unsern Rechtszustand sein. — Durch eine allgemeine Codification des Privatrechts würde dies noch nicht erreicht, und wenn ich auch der Gegenwart weder die Fähigkeit, noch die Berechtigung zur Gesetzgebung absprechen will, so stehen einer solchen Codification des gesammten Privatrechts doch andere Bedenken entgegen. — Das Corpus Juris hat uns einmal gute Dienste geleistet, diese Zeit ist aber jetzt vorbei, nachdem die wißenschaftlichen Leistungen der Römer in unser Fleisch und Blut übergegangen sind, und die Einheit, welche uns das Corpus Juris brachte, nicht mehr ausreicht. — Der Glaube an die Unfehlbarkeit des Corpus Juris, die Vorstellung von dessen Vollständigkeit, und das Bestreben, Widersprüche aufzulösen: diese drei Umstände wirken vereint zusammen, ein unbefangenes Lesen des Corpus Juris unmöglich zu machen. Man kümmert sich namentlich zu wenig um die im Corpus Juris enthaltene Begründung, und legt

den Römischen Entscheidungen andere Entscheidungsgründe unter, als ihnen in Wirklichkeit beigegeben sind. — Die Naturwißenschaften standen einmal in einem ähnlichen Abhängigkeitsverhältnis zu Aristoteles, wie heutzutage die Rechtswißenschaft zum Corpus Juris. Die Naturwißenschaften haben seit lange Aristoteles überwunden und nicht zu ihrem Nachtheil: wir sehen sie frei und fröhlich gedeihen. Sollte der Rechtswißenschaft nicht auch noch eine ähnliche Zukunft bevorstehen? Wir müßen zu der Quelle zurückkehren, aus der die Römischen Juristen schöpften, und diese Quelle ist der gesunde Menschenverstand. Die Rechtswißenschaft ist die Wißenschaft des gesunden Menschenverstandes, und die Aufgabe der Rechtsgelehrten besteht darin, diese Gesetze des gesunden Menschenverstandes aufzusuchen und festzustellen.

Gelegentlich kam ich darauf zu sprechen,[17]) daß Praxis und Theorie bei uns zu sehr aus einander gingen, und beides gleichsam zwei verschiedene Gebiete seien. Dabei will ich noch ein wenig verweilen. Das Gebiet der Möglichkeiten ist unbegrenzt; von diesen Möglichkeiten kommt aber nur eine bestimmte Anzahl in Praxi vor. Es wäre demnach ein Zustand denkbar, wo einerseits die Theorie sich mit lauter Möglichkeiten beschäftigte, die im wirklichen Leben gar nicht zur Sprache kämen, und andererseits die wirklich vorkommenden Fälle ohne wißenschaftliche Bearbeitung blieben. So schlimm sieht es bei uns nun gerade nicht aus; allein daß unser gegenwärtiger Zustand in dieser Hinsicht etwas krankhaftes hat, läßt sich nicht in Abrede nehmen. Wenn sich unsere Theorie auch nicht mit lauter unpractischen Möglichkeiten beschäftigt, so hat sie doch für diese eine gewaltige Vorliebe. Der Grund hierfür ist zum Theil mit darin zu suchen, daß das Corpus Juris den Mittelpunkt unserer Wißenschaft bildet; es werden vorzugsweise die Beispiele berücksichtigt, welche im Corpus Juris stehen. Nun haben aber häufig die Rechtsinstitute, welche für die Römer große Be-

[17]) Siehe oben Seite 160. —

deutung hatten, viel von dieser ihrer Bedeutung verloren, als solche lernten wir auch in dieser Abhandlung zwei kennen, nämlich die alternative Obligation [18]) und die Novation. [19]) Ferner sind ganz neue Rechtsinstitute entstanden, für die es im Römischen Recht gänzlich an Analogien fehlt z. B. Tratte, geistiges Eigenthum. Es ist also in doppelter Beziehung gefährlich, sich auf die Beispiele des Corpus Juris zu beschränken: es bleiben auf diese Weise theils zu viele Fälle des heutigen Rechtslebens unberücksichtigt, theils wird zu viel über Fälle nachgedacht, die so gut wie gar nicht vorkommen. Wenn z. B. die Römer die alternative Obligation sehr ausführlich erörterten, so hatte das seinen guten Grund, weil diese für sie ein sehr wichtiges Rechtsinstitut war; [20]) heutzutage ist es aber ein Rechtsinstitut von mehr untergeordneter Bedeutung, und das muß auch die Theorie spüren laßen. Die Theorie darf sich nicht in entfernte Möglichkeiten verlieren. Daher ist es eine erfreuliche Erscheinung, daß man in der neuern Zeit angefangen hat, die Entscheidungen practischer Fälle zu sammeln. Es werden so der Wißenschaft Beispiele zugeführt, die aus dem wirklichen Leben gegriffen sind, und damit wird dieser zugleich die Gelegenheit geboten, sich auch in dieser Beziehung vom Corpus Juris unabhängig zu machen. —

Sonach gereicht es unserer Wißenschaft zum Vorwurf, daß sie sich mit dem practischen Leben in Zwiespalt befindet, sie wird aber noch von einem Zwiespalte anderer Art bewegt, durch den Gegensatz zwischen Römischem und Deutschem, oder wie man richtiger sagen sollte, nicht-Römischem Recht. Denn was man Deutsches Privatrecht zu nennen pflegt, umfaßt sehr verschiedenartige Bestandtheile, und zu einem großen Theile Institute, die man kaum noch Deutsch nennen kann, weil sie mehr oder weniger Gemeingut aller civilisirten Na-

---

[18]) Siehe oben Seite 44 ff. —
[19]) Siehe oben Seite 144 ff. —
[20]) Siehe oben Seite 44. —

tionen sind z. B. Wechselrecht. Es gibt Lehrbücher des heutigen Römischen, es gibt Lehrbücher des Deutschen Privatrechts: es gibt Theoretiker, die sich ausschließlich diesem oder jenem Zweige zuwenden. Ein solcher Zustand steht nicht in Einklang mit dem practischen Leben, denn dieses classificirt seine Fälle nicht in Römischrechtliche und Deutschrechtliche, alles greift eins in einander. Ein solcher Zustand ist ferner an und für sich kein harmonischer, denn das Privatrecht ist ein einheitliches Ganze, welches auf einheitliche Darstellung Anspruch hat. Mit einem solchen Zustande sind endlich große Nachtheile verknüpft. Denn da die einzelnen Privatrechtsinstitute keine Ganze für sich, sondern Theile eines größern Ganzen ausmachen, die gegenseitig darauf angewiesen sind, sich an einander anzulehnen, so fehlt es auch zwischen den Instituten des heutigen Römischen und nicht-Römischen Privatrechtes nicht an mannigfachen Berührungspunkten. Und diese Berührungspunkte sind es gerade, um die sich die Wißenschaft so gut wie gar nicht bekümmert hat: Römisches und nicht-Römisches Privatrecht sind noch nicht wißenschaftlich in einander verarbeitet worden. Aus diesem Grunde ist unsere Wißenschaft theils voller Widersprüche, theils voller Lücken. So hat sich z. B. im modernen Wechsel- und Hypothekenrecht der Satz Bahn gebrochen, daß jemand sein eigner Schuldner sein könne, das Römische Recht geht meistens [21]) vom Gegentheile aus, hält dies für eine Unmöglichkeit. Die Romanisten lehren nun gegenwärtig das eine, und im Wechselrecht wird das andere vorgetragen. Allein eins von beiden kann doch begreiflicher Weise nur richtig sein. Ich halte es mit dem modern-rechtlichen Satze, und darnach wäre mancherlei, was im Corpus Juris steht, zu berichtigen. Mancherlei — weil es sich hier um eine Frage handelt, die über das Obligationenrecht hinüber ins Sachenrecht eingreift; denn wenn jemand sein eigner Schuldner sein kann, kann er auch an

---

[21]) Eine Ausnahme macht z. B. Paulus in fr. 59 pr. ad S. C. Treb. 36, 1 vba.: remanet ergo propter pignus naturalis obligatio.—

eignen Sachen dingliche Rechte haben z. B. an eignen Grundstücken Pfandrechte und Servituten. — Ebenso steht es nicht in Einklang, wenn die Romanisten noch immer auf dem Satze bestehen „nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest“, während beim Erbvertrage schon längst ein vernünftigeres Princip zur Geltung gelangt ist. — Das wären Beispiele für Widersprüche, es sind aber auch Lücken vorhanden. Wir brauchen dabei nur an den Wechsel zu denken. Der Romanist kümmert sich nicht um ihn. Der Germanist beschäftigt sich zwar mit demselben an und für sich; allein der Wechsel greift tief in das ganze Obligationenrecht hinein, und das Verhältnis des Wechsels zu den unterliegenden Verhältnissen wird vom Germanisten nur sehr dürftig behandelt, denn mit diesen hat sich ja vorzugsweise der Romanist ex professo zu befaßen. Eine Seite dieser Frage ist die, ob durch Wechsel heutzutage novirt werden könne. Ich habe mich, was den eignen Wechsel anbetrifft, in dieser Abhandlung bejahend ausgesprochen, und halte, abgesehen von der Expromissio durch formlosen Vertrag, Novation heutzutage nur noch durch eignen Wechsel für möglich. Ohne meine Ansicht gerade für die nothwendig richtige ausgeben zu wollen, wird es mir doch gestattet sein, an deren Richtigkeit wenigstens vorläufig festzuhalten. Wenn diese Ansicht aber richtig sein sollte, in welches Fach gehört dann die Novation, in das des Romanisten oder Germanisten? Der eine kann sie mit ebenso viel Grund von sich weisen als der andere, der eine kann sagen, der Wechsel sei nicht Römischen Ursprunges, und der andere, die Novation sei kein Deutsches Rechtsinstitut.

So führt uns denn die Trennung zwischen Römischem und nicht-Römischem Privatrecht nicht bloß zu Widersprüchen, sie läßt auch Lücken. Und dazu kommt noch, daß sich diese Trennung doch nicht consequent durchführen läßt. Denn der Satz, daß eine bloße Uebereinkunft eine klagbare Obligatio erzeuge, ist doch auch nicht von den Römern aufgestellt. Nun denke man sich einmal ein heutiges Römisches Obligationen-

recht ohne Berücksichtigung dieses Satzes: man wird es für eine Unmöglichkeit halten. Wenn aber nur erst der Wechsel in's Obligationen=, oder der Erbvertrag in unser Erbrecht hineinverarbeitet wären, würde ein Obligationenrecht ohne Rücksichtnahme auf den Wechsel, oder ein Erbrecht mit Bei=seitesetzung des Erbvertrages vielleicht für ebenso unmöglich gelten.

Schon gegenwärtig ist die Trennung zwischen Römischem und nicht=Römischem Privatrecht eine beklagenswerthe That=sache; der Mangel einer einheitlichen Darstellung des ge=sammten Privatrechts wird aber, je länger man diese hinaus=schiebt, um so fühlbarer werden. Und wenn es, was nur zu wünschen wäre, zu einem allgemeinen Deutschen Handels=rechte kommen sollte, werden die Romanisten sich auch dann noch gegen eine Vereinigung sträuben, sich auch dann noch auf ihr Corpus Juris beschränken wollen? —

Eine Trennung zwischen Römischem und nicht=Römischem Privatrecht, wie sie zur Zeit besteht, wird nur allmählich wie=der verschwinden, das liegt in der Natur solcher Gegensätze; aber einmal muß doch der Anfang zum Beßern gemacht wer=den. Die Romanisten müßen darauf Bedacht nehmen, nach und nach ein nicht=Römisches Institut nach dem andern in ihr System zu verflechten, den Anfang könnte das Wechsel=recht bilden, bis dann der Gegensatz zwischen Romanist und Germanist allmählich ganz aufhören würde.

Wenn aber dieser Gegensatz gänzlich aufhören soll, so ist dabei Voraussetzung, daß man mit großer Unbefangenheit zu Werke geht. Der Romanist muß nicht vom Römischen Recht halten wollen, was irgend zu halten ist, darf seine Aufgabe nicht darin suchen, für jeden einzelnen Satz des Corpus Juris mit seinem ganzen wißenschaftlichen Apparate zu kämpfen; ebenso wenig darf auch der Germanist nicht, bloß aus Patriotismus, Widersacher des Römischen Rechtes sein, und selbst solche Institute vertheidigen wollen, die längst ab=gestorben oder im Absterben begriffen sind. Was einmal ab=gestorben, ist abgestorben, dies wieder hervorzusuchen, wäre

ein Rückschritt; und mag man über den Untergang so mancher einheimischer Rechtsinstitute auch klagen, so muß man sich auch zu trösten wißen. Auch unsere Gegenwart ist wahrlich nicht träge in Hervorbringung neuer Rechtsverhältnisse, sie hat trotz der Reception des Römischen Rechts eine große schöpferische Kraft an den Tag gelegt, so daß man es wol verschmerzen kann, wenn einmal vor Jahrhunderten sich manches Deutsche Rechtsinstitut vor dem Fremdling beugte. Beide Theile, Romanisten wie Germanisten, müßen von ihren Forderungen nachlaßen, wenn eine Vereinigung zu Stande kommen soll. Das Gute und Brauchbare vom Römischen Recht, ferner die Institute nicht-Römischen Ursprungs, welche noch lebenskräftig, sind es, die zu einem einheitlichen Ganzen verschmolzen werden müßen.

Nur dann wird eine Kritik des Römischen Rechts wahrhaft fruchtbringend wirken, wenn der Romanist dafür, daß er Römische Bestandtheile ausscheidet, auch wieder für eine neue Unterlage sorgt, indem er practische Fälle des heutigen Rechtslebens und Rechtsinstitute nicht-Römischen Ursprungs mit in den Kreis seiner Forschungen hineinzieht.

Aber selbst auf diese Weise, wenn sich auch zur Kritik des Corpus Juris eine größere Berücksichtigung des practischen Rechtslebens und eine Vereinigung des Römischen mit dem nicht-Römischen Privatrecht gesellte, und wenn man es daneben auch an allgemeinen Deutschen Gesetzen nicht fehlen ließe — mit alledem wäre unserem Rechtszustande noch keineswegs durchgreifend geholfen. Derselbe befindet sich in einer so trostlosen Lage, daß selbst diese Mittel nicht verschlagen. Es fehlt noch die Hauptsache: ein einheitliches Deutsches Oberappellationsgericht.

Was kann es helfen, daß allgemeine Deutsche Gesetze gegeben werden, wenn dann doch wieder für jedes Ländchen sich eine besondere Praxis ausbildet; was kann es fruchten, daß die Wißenschaft den guten Willen zeigt, sich vom Corpus Juris mehr und mehr abzuwenden, sich mit dem practischen Rechtsleben vertrauter zu machen, und eine Trennung zwischen

Romanismus und Germanismus zu beseitigen, die nur Verderben bringt, wenn dann doch wieder die Verschiedenartigkeit des in Deutschland geltenden Rechtes so groß ist, daß sie wißenschaftlich nicht bemeistert werden kann. Wir müßen einen obersten Gerichtshof haben, der uns zu einer einheitlichen Praxis verhilft, nur so können wir zu einem gedeihlichen Rechtszustande gelangen.

Wie wäre ein solcher oberster Gerichtshof herzustellen? Etwa dadurch, daß man den drei Instanzen die wir haben, noch eine vierte hinzufügte? Das scheint nicht anzugehen. Denn man kann es den Parteien doch unmöglich freistellen, in allen Fällen ein viertes Urtheil zu verlangen: das würde eine unerhörte Rechtsverschleppung werden. Eine vierte Instanz müßte sich jedenfalls auf einen kleinen Kreis von Fällen beschränken; damit wäre ihr aber die Möglichkeit abgeschnitten, recht tief in das practische Leben einzugreifen; und überhaupt sind drei Erkenntnisse überall genug, einmal muß die Sache ein Ende nehmen.

Ein oberster Gerichtshof muß dadurch gebildet werden, daß die einzelnen Deutschen Oberappellationsgerichte in ein einheitliches Deutsches Oberappellationsgericht zusammengezogen werden. Die Competenz und die Befugnisse dieses einen Oberappellationsgerichtes müßten gleich sein der Summe der Competenzen und Befugnisse, welche die einzelnen Oberappellationsgerichte gegenwärtig haben. Das Opfer, welches auf diese Weise die Deutschen Fürsten der Deutschen Einheit brächten, wäre in der That ein sehr geringes, es sollen dem einheitlichen Oberappellationsgerichte ja keine neuen Befugnisse beigelegt werden, es soll ja nur die Befugnisse umfaßen, welche die einzelnen Oberappellationsgerichte in den einzelnen Ländern bereits besitzen. Einzig und allein das Recht müßten die Deutschen Fürsten aufgeben, die Competenz und die Befugnisse des höchsten Gerichtes für ihre Länder in Zukunft willkürlich bestimmen zu können. Vor der Hand müßte das einheitliche oberste Gericht alle die Competenzen und Befugnisse der einzelnen Oberappellationsgerichte in sich vereinigen,

ohne daß es den einzelnen Regierungen jemals zustände, ihm diese eigenmächtig wieder zu entziehen. Sollte mit der Competenz des obersten Gerichtshofes eine Veränderung oder Erweiterung vorzunehmen sein, so könnte dies nur auf dem Wege der Bundesgesetzgebung geschehen.

Besondere Schwierigkeiten, einen solchen höchsten Gerichtshof ins Leben zu rufen, erblicke ich nicht, wenn nur auf allen Seiten guter Wille vorhanden ist. Es müßte dazu eine Stadt genommen werden, die so ziemlich in der Mitte von Deutschland läge, etwa Leipzig. Hier versammeln sich alle einzelnen Deutschen Oberappellationsgerichte, und besorgen ihre Geschäfte nach wie vor. Was bisher ein Gericht für sich bildete, ist jetzt zu einer Abtheilung des Deutschen Oberappellationsgerichtes geworden, und auf diese Abtheilung sind die Befugnisse des früheren Gerichtes übergegangen.

Eine solche Vereinigung aller höchsten Gerichte Deutschlands in einer Stadt würde schon an und für sich von großem Nutzen sein. Es würde ein Austausch der Meinungen statt finden, und die Praxis der einzelnen Abtheilungen gewiss lange nicht so abweichend von einander sein, als jetzt, wo die einzelnen Oberappellationsgerichte über ganz Deutschland zerstreut sind.

Aber eine solche Vereinigung der höchsten Gerichte in einer Stadt böte außerdem ein bequemes Mittel zu einer noch größeren Einheit dar. Es könnte neben und aus den Abtheilungen für die Einzelländer eine Abtheilung für allgemeines Deutsches Recht gebildet werden. Die Competenz dieser Abtheilung für allgemeines Deutsches Recht würde sich auf die allgemein-Deutschen Gesetze zu erstrecken haben, also zunächst auf die Wechselordnung, und wenn wir ein allgemeines Deutsches Handelsrecht erhalten, auch auf dieses. Je fleißiger die Bundesgesetzgebung in Erlaß allgemein-Deutscher Gesetze wäre, je mehr würde die Abtheilung für allgemeines Deutsches Recht an Ausdehnung gewinnen; und in dieser Abtheilung besäßen wir gleichzeitig eine Einrichtung, die verhinderte, das, was wirklich an einheitlichen Gesetzen

zu Stande käme, nicht wieder durch eine verschiedenartige Praxis aus einander gerißen würde.

Gerade jetzt, wo man ein allgemeines Deutsches Handelsrecht einzuführen beabsichtigt, wäre es an der Zeit, auch an die Errichtung eines solchen obersten Gerichtshofes zu denken. Denn was helfen uns alle allgemeinen Gesetze, wenn es an einem einheitlichen Organe fehlt, das sie zusammenhält und weiter entwickelt! —

Es wird die Errichtung eines solchen Gerichtshofes im Laufe der Zeit weitere allgemeine Gesetze nöthig machen, so namentlich eine Gerichtsordnung für denselben, vielleicht auch ein allgemeines Deutsches Rechtsmittelgesetz. Das sind indes alles Nebensachen, die sich ganz von selber finden werden. Die Hauptsache ist, daß sämmtliche Deutsche Oberappellationsgerichte zu einem höchsten Gerichtshofe vereinigt werden, und, wie gesagt, große Schwierigkeiten, die einer solchen Vereinigung im Wege ständen, wenn nur der Wille vorhanden, vermag ich nicht zu erblicken. —

Ich bin wol weiter gekommen als anfangs im Plane lag. Ich ging bei dieser Abhandlung darauf aus, den Römischen Juristen Irrthümer nachzuweisen. Dies veranlaßte einerseits die Frage: was ist mit solchen Irrthümern anzufangen? andererseits mahnte der Umstand, daß Irrthümer im Corpus Juris vorhanden, zu einer Kritik desselben. In der Kritiklosigkeit, besonders dem Corpus Juris gegenüber, sah ich einen Hauptmangel unserer Wißenschaft. Dies eine Gebrechen führte auf andere: auf die Abirrung der Theorie von der Praxis und die Spaltung zwischen Germanismus und Romanismus. Hier kann sich indes die Wißenschaft selber helfen. Damit wäre aber ein Hauptübelstand unseres Rechtszustandes noch unbeseitigt: es fehlt uns an einem einheitlichen Organ und somit an einer einheitlichen Praxis. Und in dieser Beziehung liegt eine Beßerung unseres Rechtszustandes lediglich in den Händen der gesetzgebenden Gewalten. —

Stellen-Verzeichnis.

Codex.

Sauer

Kniep, Ferdinand,

Einfluß der bedingten Novation auf die ursprüngliche Obligatio eine privatrechtliche Abhandlung

Wismar ; Ludwigslust 1860